

Universidad Autónoma de Barcelona

**Doctorado en Derecho privado
Departamento de Derecho privado**

TESIS DOCTORAL

**“VISIÓN CRÍTICA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA
JURÍDICO SALVADOREÑO”**

Lic. ALEXANDER EFRAÍN TÍCAS NAVARRO.

**Director de la investigación: Dr. ELISEO SIERRA NOGUERO, Profesor
agregado de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de
Barcelona.**

EL SALVADOR 2014

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I:

PARTE PRIMERA:

EL FUNCIONAMIENTO RACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. LA ORGANIZACIÓN BUROCRÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

- 1.1. La Administración Pública, entre el Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración.1
- 1.2. La Organización Burocrática Administrativa.5
- 1.3. La Crítica del Modelo Burocrático Administrativo.10

2. LA ACTIVIDAD RACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PROCESO DE APRENDIZAJE Y ADOPCIÓN DE DECISIONES.

- 2.1. El Modelo Racional de la Administración Pública.14
- 2.2. El Proceso Psicológico de Aprendizaje.18
- 2.3. El Proceso Psicológico de toma de Decisión.....22
 - 2.3.1. La Importancia de la Memoria.....23
 - 2.3.2. La Necesidad de un Hábito.25

PARTE SEGUNDA:

EL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

- 3. ¿COSTUMBRE, HÁBITO, PRÁCTICA, RUTINA Ó PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?.....27

4. EL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	28
4.1. ¿Prácticas Administrativas o Práctica Administrativa?	34
4.2. La Costumbre Administrativa	38
4.3. Una aproximación al Precedente Administrativo.	44
5. LA HABITUALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN?	54
6. LA RUTINA ADMINISTRATIVA COMO CONSECUENCIA NEGATIVA.	59
7. LOS COMPORTAMIENTOS HABITUALES Y SUS DIFERENCIAS CON EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.	62

CAPÍTULO II:

LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y SU RELACIÓN CON EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

8. IMPORTANCIA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS PARA EL ESTADO.	68
9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA.	70
10. LA FACULTAD REGLADA O VINCULADA A LA LEY.	73
10.1. El Precedente Administrativo y la Facultad Reglada	76
10.2. El Precedente y los Conceptos Jurídicos Indeterminados	77
11. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.	82
11.1. Margen de Discrecionalidad de la Administración Pública	89
11.2. El Precedente Administrativo y la Discrecionalidad Técnica	91
12. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS.	94

CAPÍTULO III:

**LA VINCULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON EL
PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.**

**13. LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO..... 98**

**14. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD FRENTE AL
PRECEDENTE ADMINISTRATIVO. 105**

14.1. La Estructura de la Igualdad.107

14.2.La Igualdad ante la Ley, en la Ley y en la Aplicación de la Ley. 110

14.2.1.La Igualdad ante la Ley. 111

14.2.2.La Igualdad en la Ley. 113

14.2.3.La Igualdad en la Aplicación de la Ley. 115

14.3.Vinculación del Precedente Administrativo con el Principio de
Igualdad..... 117

**15. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO FRENTE AL PRINCIPIO DE
SEGURIDAD JURÍDICA. 121**

15.1.Construcción Jurisprudencial del Principio de Seguridad
Jurídica..... 123

15.2. Seguridad Jurídica y Precedente Administrativo..... 126

**16. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO
LÍMITE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 127**

16.1.La Vinculación del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad con
el Principio de Igualdad. 134

16.2.La Prohibición de la Arbitrariedad y el Precedente
Administrativo..... 135

CAPITULO IV:

**LA TIPOLOGÍA GENERAL DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO
PÚBLICO.**

17. APROXIMACIÓN A UNA CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE.....	138
18. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS.....	140
18.1. El Precedente Consuetudinario.....	143
18.1.1. El Criterio de Reiteración.	147
18.1.2. El Criterio del Sujeto de Procedencia.....	149
18.2. El Precedente Judicial en el <i>Common Law</i>	150
18.2.1. La Regla del “ <i>stare decisis</i> ”.....	153
18.2.2. Aplicación del Precedente en el “ <i>Common Law</i> ”.....	156
18.3. El Precedente Judicial en El Salvador.....	162
18.3.1. Clasificación del Precedente Judicial.	165
18.3.2. El Precedente Horizontal.....	166
18.3.3. El Precedente Vertical.....	168
18.3.4. El Autoprecedente.....	169
19. LOS PRECEDENTES NO NORMATIVOS.	172
19.1. La Autovinculación de la Administración.....	173
19.2. El Precedente Administrativo.....	177
19.2.1. El Precedente Administrativo y otras Figuras Jurídicas.	182
19.2.1.1. La Doctrina de los Actos Propios.....	183
19.2.1.2. La Regla de la Analogía.	186
19.2.1.3. La Regla de Equidad.	191

CAPÍTULO V:

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

20. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ¿PUEDE SER UNA FUENTE DE DERECHO?.....	195
20.1. La Determinación Social de las Fuentes de Derecho.....	197
20.1.1. Por Asimilación al Concepto Costumbre.....	200
20.1.2. Por asimilación al Concepto de Precedente Anglosajón Vinculante.....	202

20.1.3. Por Considerarse como Manifestación del Principio Republicano de Gobierno.....	205
20.1.4. Por la virtual Obligación del respeto al Precedente Administrativo.....	209
20.2. Consideración Actual sobre de la Calidad de Fuente de Derecho.....	213

21. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

ADMINISTRATIVO.....	215
21.1. Una Identidad Subjetiva.....	216
21.2. Una Identidad Objetiva.....	219
21.3. La Exclusiva Aplicación en los Ámbitos Discrecionales.....	223
21.4. La Prueba del Precedente Administrativo Invocado.....	226
21.5. La Existencia de una Sanción Judicial Previa	228
22. LA VINCULACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....	229
23. REQUISITOS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN SE DESVINCULE DE SUS PRECEDENTES.	232
23.1. La Motivación Justificada.....	232
23.2. Cambio de Criterio de Modo General.....	237
23.2.1. La Existencia de un Interés Público.....	239
23.2.2. La Ilegalidad del Precedente.....	241
24. LA NEGACIÓN DE LA VINCULATORIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN AL RESPETO DEL PRECEDENTE.	244
25. ¿REITERACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO?.....	249

CAPÍTULO VI:

EL CAMBIO DEL PRECEDENTE Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU APLICACIÓN.

26. EL CAMBIO DEL PRECEDENTE Y SU VULNERACIÓN INJUSTIFICADA.....	253
---	------------

26.1. Razón de Temporalidad.....	256
26.2. Razón de correcta Interpretación Normativa.....	259
27. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL JUDICIAL.....	260
27.1. El Precedente Administrativo como herramienta de Argumentación Jurídica.....	264
27.2. El Precedente Administrativo como Fundamento de una Pretensión.	266
27.2.1. Por vulneración de las Garantías Constitucionales.....	267
27.2.2. Por de Ilegalidad del Precedente.....	269
27.2.3. Por Desviación de Poder.....	271
28. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.....	273
28.1. Obligación de Motivar Cambio de Criterio.....	273
28.2. La Anulación del Acto Administrativo.....	274
28.3. ¿Obligación de Resolver Conforme al Precedente?	276
28.4. ¿Aplicación Retroactiva?	278
28.5. La Indemnización por Daños y Perjuicios.....	280
28.5.1. La Responsabilidad Directa del Funcionario.....	282
28.5.2. La Responsabilidad Subsidiaria del Estado.....	284

CAPÍTULO VII:

EL CONTROL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y SU CRÍTICA EN EL SALVADOR.

29. MECANISMOS DE CONTROL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.	286
29.1. Los Recursos Administrativos.....	286
29.2. El Proceso Contencioso Administrativo.....	288
29.3. El Amparo Constitucional.....	291
30. LA CRÍTICA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.....	296

30.1. ¿Existe el Precedente Administrativo en la Legislación Salvadoreña?	297
30.1.1. La “Doctrina Legal” del Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas.....	299
30.1.2. Las “Respuestas de las Consultas” hechas a la Administración Tributaria.	306
31. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE EL SALVADOR.	312
31.1. Sentencias de la Sala de lo Constitucional	312
31.2. Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo.....	320
CONCLUSIONES	326
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	335
ÍNDICE LEGISLATIVO.	348
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.	350
SITIOS WEB	356

ABREVIATURAS

AAVV.	Varios Autores.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
Cap.	Capítulo.
CCE.	Código Civil Español
CCS.	Código Civil de El Salvador.
CE.	Constitución de España.
Cn.	Constitución de El Salvador.
C.Com.	Código de comercio de El Salvador.
CMpal.	Código Municipal de El Salvador.
CSJ.	Corte Suprema De Justicia de El Salvador.
Ctribs.	Código Tributario de El Salvador.
D.L.	Decreto Legislativo.
D.O.	Diario Oficial.
Et. Al.	Y otros.
F.J.	Fundamento Jurídico.
Ibídem.	En la misma obra.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
Inc.	Inciso.
Infra.	En los párrafos siguientes.
LJCA.	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

LMP.	Ley Marítima Portuaria.
LOAC.	Ley Orgánica de Aviación Civil
LPC.	Ley de Protección al Consumidor.
LPIAMA	Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativa.
LRJ-PAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
Núm.	Número.
Ob Cit.	Obra Citada.
p. /pág.	Página.
pp. / págs.	Páginas.
RAP.	Revista Administración Pública.
Ref.	Referencia.
S.E.	Sin Editorial.
S. Ed.	Sin Edición.
S.F.	Sin Fecha.
S.F de I.	Sin Fecha de Impresión.
SCAS.	Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador.
SCNS.	Sala de lo Constitucional de El Salvador.
STCE.	Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
STSE.	Sentencia del Tribunal Supremo Español.

STSEJ.	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Español.,
SSCAS.	Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador.
SSCNS.	Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador.
Supra.	En los párrafos anteriores.
TAIIA	Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas.
T.	Tomo.
TCE.	Tribunal Constitucional Español.
TSE.	Tribunal Supremo Español.
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia Español.
Vid.	Véase
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN.

El propósito del presente documento, es realizar un análisis crítico de la figura del “Precedente Administrativo” en El Salvador; la justificación de la investigación, es que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina administrativa de los expositores del derecho, se han desarrollado postulados contradictorios, en los cuales para un sector, ha reconocido ciertos efectos jurídicos a esta figura, incluso afirmándose que se trata de una fuente de derecho administrativo, situación que es discutida aun hoy en día; mientras que otro sector, considera al precedente administrativo, como una técnica comparativa de los actos administrativos, relacionada con la argumentación jurídica de la administración; siendo así, un mecanismo de control de la arbitrariedad y discrecionalidad administrativa; negando todo tipo de efectos vinculantes y obligatorios del precedente administrativo a la administración.

Esta figura emblemática, no ha tenido un desarrollo pleno en la legislación salvadoreña, pero en el derecho comparado, se han desarrollado diversos postulados que no están exentos de críticas positivas como negativas; sin embargo, al analizar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional; y la proveniente de la Sala lo Contencioso Administrativo de la República de El Salvador, se identifica un desarrollo jurisprudencial del precedente administrativo, el cual considera a esta figura como un mecanismo de control de la arbitrariedad y legalidad de los actos de la administración pública, relacionando ciertos efectos jurídicos frente a los administrados, siempre y cuando concurren ciertos elementos que limitan su aplicación, y al mismo tiempo la diferencian de otros comportamientos de la administración pública.

En el análisis de la actividad administrativa, se identifica la existencia de “prácticas”, que no pretenden crear efectos jurídicos al administrado, sino que su función es la de crear comportamientos útiles para la eficacia de la actividad administrativa, en concordancia con los principios de buena administración; es por ello que el capítulo primero del presente documento, se divide en dos partes, en cuyo contenido se expone el modelo organizacional de la administración pública; así como también, las diferencias y similitudes de las diversas manifestaciones de los comportamientos de la administración pública, de entre los cuales encontramos: la práctica, la costumbre, el hábito, la rutina, y el llamado precedente administrativo.

De la misma forma el capítulo segundo, se encarga de exponer la relación existente entre las potestades administrativas de la administración, particularmente en las dos donde se estudia la posibilidad de manifestarse el precedente administrativo, como lo son en las facultades regladas y discrecionales; cuyo análisis parte desde la vinculación existente entre el principio de legalidad administrativo, que establece los límites jurídicos de la actividad de la administración, y en cuyo margen se desarrolla el precedente administrativo, especialmente dentro de las facultades discrecionales, que históricamente se ha enfrascado la aplicación del precedente, sin embargo se hace una consideración del porque puede aplicarse el precedente de igual manera en algunos casos de potestades regladas.

El capítulo tercero, expone de forma sistemática las bases constitucionales por las que el precedente administrativo es trascendental para el derecho; en donde se expone la relación estrecha entre el precedente como una manifestación concreta de la aplicación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad; y que se encargan de justificar en gran medida, la tan controversial vinculación de la

administración al respeto al precedente, sin necesidad de acudir a una regulación expresa dentro del ordenamiento jurídico, lo que permite elevar al precedente más allá de la norma jurídica, ubicándola en el plano del respeto de los principios constitucionales informadores del sistema jurídica en general en El Salvador.

Es así como el capítulo cuarto, luego de entender sus fundamentos constitucionales, expone de forma sistemática una clasificación de los precedentes públicos; su razón de ser se encuentra que el precedente administrativo; no es el único tipo de precedente existente dentro del derecho, y que su clasificación se deriva por una parte por los sujetos que la crean, como el caso del precedente judicial, precedente consuetudinario y el precedente administrativo; sin embargo se hace una clasificación que por fines prácticos y didácticos es más conveniente, como clasificar a todos los precedentes entre precedentes normativos y no normativos, por la capacidad de vincular de forma autónoma; en donde el precedente administrativo se encuentra dentro de los precedentes no normativos, por no poder vincular en los mismos términos que el precedente judicial y el consuetudinario.

En cambio el capítulo quinto se encarga de analizar, por una parte, la controversial consideración de fuente de derecho que en más de un sector de la doctrina científica se le ha otorgado; de igual forma se presentan los elementos esenciales del precedente administrativo, como lo son el carácter de su vinculación; los requisitos para poder aplicarlo dentro de las relaciones entre el administrado y la administración pública; los requisitos necesarios para que la administración pueda desvincularse de la aplicación del precedentes; y sobre todo el análisis sobre la necesidad o no de una reiteración en el precedente para que tenga efectos jurídicos en el derecho administrativo.

El capítulo sexto expone los efectos jurídicos de la aplicación y el quebrantamiento injustificado del precedente administrativo, en donde se expone de forma lógica los efectos de su aplicación y las consecuencias jurídicas de su quebrantamiento, por parte de la administración pública; en donde se analizan las causas posibles por las que se permite un cambio de criterio del precedente administrativo; así como también los efectos jurídicos como: La obligación de motivar el cambio; la anulación del acto; la posibilidad de la aplicación retroactiva del precedente y la posibilidad del resarcimiento de daños y perjuicios al administrado.

Y de forma concluyente el capítulo séptimo, expone los mecanismos de control del precedente administrativo; y un análisis de la situación normativa y jurisprudencial en El Salvador de la figura del precedente administrativo; cuya finalidad no es exponer un punto de vista inmodificable, sobre la situación del precedente administrativo; sino que es brindar un punto de partida al análisis crítico de la comunidad jurídica sobre la conveniencia de la aplicación y de su reconocimiento normativo del precedente administrativo en los términos que el derecho español lo ha desarrollado.

Con los elementos expuestos, se identifica la necesidad de un análisis crítico del precedente administrativo en El Salvador, lo que permite contrastar la viabilidad para ser considerado como una fuente particular de derecho o como un mecanismo de control de la arbitrariedad de la administración; sin perjuicio de esta valoración preliminar, se advierte que el precedente administrativo está alcanzando una creciente importancia en el sistema administrativo salvadoreño; por ello, la presente investigación expone las bases -mínimas y necesarias- para la introducción al análisis y debate del fenómeno jurídico del precedente administrativo en El Salvador.

CAPÍTULO I:

PARTE PRIMERA:

EL FUNCIONAMIENTO RACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. LA ORGANIZACIÓN BUROCRÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.1. La Administración Pública, entre el Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración.

Antes de entrar al análisis de este apartado, es necesario hacer la advertencia, que la finalidad de las siguientes líneas no es exponer de manera sistemática, las diferentes formas de organización que puede adoptar la administración pública, sino que el propósito es establecer de manera general, su naturaleza y el fundamento del por qué la actividad de la administración, está influenciada por su actividad precedente.

Para ello, se recurrirá al análisis de la organización administrativa¹ desde la ciencia de la administración², una rama del conocimiento que aún está en formación, cuyos postulados brindan las pautas necesarias para entender el fenómeno administrativo³; la razón de lo anterior, se encuentra en que no basta solo en conocer el fundamento normativo de la actividad

¹ Vid. CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. *Derecho Administrativo*. Reimpresión de la 1º Edición, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1983, p. 12. Literalmente expone que: “Hablar de la organización administrativa es mencionar un objeto jurídico, reglado jurídicamente, realizando fines jurídicos aunque tengan proyecciones sociales”; también Vid. FIORINI, Bartolomé. *Manual de Derecho Administrativo*. S. Ed. t. 1, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 118.

² Vid. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003., pág. 623. Citando de manera literal expone que: “Bielsa y Villegas Basabilbaso sostienen que el Derecho Administrativo es el régimen jurídico de la administración pública, mientras que la Ciencia de la Administración, se refiere a la política de la misma.”

³ Vid. RAMIREZ CARDONA, Carlos. *Fundamentos de Administración*. 2º Edición, Eco Ediciones, Bogotá, 2002., p. 26. “La mayoría de los autores y tratadistas coinciden en afirmar que la administración es una ciencia nueva cuyo objeto y método de estudio aún se cuestionan, pero en todo caso, el fenómeno administrativo existe y debe seguirse observando con criterios y métodos científicos, como en el caso de las demás ciencias sociales.”

administrativa, sino también las técnicas de organización y funcionamiento que permiten realizar de manera eficaz la satisfacción de las necesidades del administrado, que en definitiva es un interés colectivo.

El autor Andrés Serras Rojas, considera a la ciencia de la administración como una herramienta analítica y expresa que: “la ciencia de la administración analiza los problemas relativos a la organización y actuación futura de la administración pública, sus principios y normas racionales”⁴; de modo que esta ciencia aporta una visión diferente del fenómeno administrativo, y mediante la ciencia de la administración se realiza un análisis más amplio de la administración pública.

Este análisis es necesario, para entender como los fenómenos de la administración repercuten en el derecho, la razón se encuentra en las ideas de Frederick C. Mosher, y consisten en que: “El esquema jurídico no ayuda siempre a comprender los problemas organizativos, y algunas veces constituye un obstáculo para la introducción de cambios, remedios, reformas internas que se han hecho necesarias por las condiciones objetivas y subjetivas en que actúa la administración (...)”⁵

⁴ Vid. SERRAS ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*. Octava Edición, T. 1º, Editorial Porrúa, México, 1977., p. 149. El autor hace un análisis de la vinculación que tiene la ciencia de la administración con el derecho administrativo, por lo que parafraseándolo, expone que la primera se encarga de analizar la organización y funcionamiento de la actividad de la administración pública, por lo que la considera como una ciencia política, ligada al estudio del derecho administrativo.; Vid. OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª Edición, Editorial Porrúa. México. 1997. Págs. 47 y 48. “(...) la Ciencia de la Administración que, como disciplina propia, tiene por objeto encontrar las reglas mediante las cuales la administración debe de estar organizada y funcionar para obtener los mejores resultados y satisfacer con eficacia las necesidades colectivas (...)”

⁵ Vid. C. MOSHER, Frederick y CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la Administración*. S. Ed., Editorial RIALP. Madrid, 1961., p. 63. En el análisis que realizan los citados autores, proponen estudiar la ciencia de la administración como una complementariedad del derecho administrativo, y hacen énfasis, que el derecho puede tener influencia de los fenómenos que ocurren en la administración, y no solo debe de limitarse a reglar las conductas de los administradores, sino que de ellas evolucionar para hacer que el derecho no pierda validez, frente a circunstancias no previstas en la ley.

Precisamente la vinculación de la administración pública a sus actos anteriores, es un mecanismo que la administración realiza, pero a la luz del derecho administrativo, esta vinculación pierde firmeza frente a la existencia de una legalidad, que deja de lado la realidad administrativa, por ello la ciencia de la administración se presenta con un esquema de análisis complementario al estudio del precedente administrativo dentro del derecho.

Sin embargo, las relaciones que regula el derecho administrativo, no solo se limitan a la relación entre el Estado y sus administrados; su margen de aplicación es mucho más amplio comprendiendo también las relaciones tanto interorgánicas como interadministrativas.⁶ Por tanto el derecho administrativo no se limita a un solo tipo de relaciones, al contrario dentro del llamado derecho administrativo, existe una multiplicidad de relaciones que regula el derecho y que poseen sus particularidades, por tanto el derecho administrativo tiene una función diferente para cada caso.

La justificación de lo anterior se encuentra en que al construirse el concepto de derecho administrativo, se toma en consideración que las normas administrativas al tener como sujeto a principal a la administración pública, son de diversas variedades entre las cuales están:

a) Las normas que tienen como destinatario único la Administración Pública, que regulan la organización administrativa y que no requiere otro sujeto para que sean efectivas. Entre las que se encuentran los reglamentos y circulares administrativas, que regulan los procedimientos dentro de la administración.

⁶ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador*. 1º Edición, S. E., El Salvador, 2005., p. 60. “Pero la relación que estudia el derecho administrativo, no incumbe únicamente al binomio Administración- Particular, sino además a las vinculaciones interorgánicas e interadministrativas. La primera se refiere a las relaciones internas de un mismo organismo o entidad; en cambio la segunda está relacionada a la interacción entre dos entidades administrativas diferentes.”

b) Las normas administrativas, que están destinadas a ser cumplidas por la Administración, pero su aplicación y efectividad no se concibe sin la simultánea presencia de los administrados o ciudadanos; así, las normas que regulan los contratos administrativos o la expropiación forzosa, los impuestos o los servicios públicos. En este tipo de normas jurídicas, solo se aplican cuando existe la concurrencia de ciertos hechos y que no atañen a las actividades de la administración sino que también comprenden la posible vulneración y respeto de la esfera jurídica de los administrados.

c) Las normas administrativas que tienen como destinatarios más directos a los particulares o administrados, pero presuponen la presencia vigilante de la Administración como garante de su efectividad; y son aquellas normas de intervención en las relaciones entre particulares que la Administración no ha de cumplir, pero a la cual se responsabiliza de vigilar que las cumplan los particulares, en este caso se hace referencia a áreas del derecho regulatorio, como el derecho de competencia, financiero, de protección al consumidor, en el cual es la administración la que regula las relaciones particulares, incluso llegando a tener cierta potestad sancionatoria en caso de incumplimiento.⁷

No obstante la brecha que divide al ámbito de la ciencia de la administración y el derecho administrativo es menos estrecha de lo que se piensa; porque mientras los actos externos de la administración están regulados por el derecho administrativo, cuando se analiza la actividad interna de la administración, el derecho se limita a establecer el sistema de legalidad, y no analiza el fenómeno completo de los actos internos que

⁷ Vid. RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I*. Parte General. Decimoctava Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010., pp. 27-28. El Autor al analizar que el Derecho Administrativo es un Derecho estatutario, y el Derecho de las administraciones públicas, razona las formas en que una norma administrativa tiene como sujeto destinatario una Administración Pública, distinguiendo y caracterizando tres tipos de manifestación de la normativa administrativa en el derecho administrativo, que a manera de tres aristas, en su conjunto comprende todas las áreas del derecho administrativo.

inciden dentro del proceso de decisión de la administración pública y que cuya reiteración o modificación constituyen el fenómeno llamado precedente.

1.2. La Organización Burocrática Administrativa.

Para iniciar el análisis del sistema organizativo de la administración pública, se hace una afirmación que luego se justifica en los párrafos siguientes, la cual consiste en establecer que la naturaleza de la administración pública es *burocrática*; sin embargo la connotación de burocracia en el párrafo anterior, hace referencia a una cualidad especial de la administración.

La afirmación que la naturaleza de la administración es burocrática, parecería una acusación que pretende desvirtuar la imparcialidad a la que está llamada la actividad administrativa, porque su actividad no debe favorecer a un llamado interés privado, sino por el contrario su finalidad es el interés público, regulada por un sistema de legalidad administrativa; no obstante habrá de comprenderse que tal idea negativa es natural por la concepción histórica del término burocracia.⁸

La palabra burocracia proviene del francés *bureauerie*; la etimología de la voz se integra del francés *bureau*, oficina, y del helenismo *cratos*, poder⁹ término que engloba las diversas formas de organización administrativa a través de las cuales las decisiones son ejecutadas mediante un sistema orgánico; así como ocurrió en las antiguas monarquías, en donde

⁸ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamento y Eficacia Vinculante*. 1º Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008., p. 29. De forma muy acertada la autora al referirse a la naturaleza burocrática de la administración expresa que: “Tradicionalmente, la Administración se ha considerado una organización de tipo burocrático, hasta el punto de que a veces se ha identificado con la burocracia misma.” Esta afirmación pone en discusión la verdadera connotación de burocracia dentro de la administración pública.

⁹ Vid. CARPIZO, JORGE y ETAL. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I. México. 1982. La raíz etimológica de la palabra nos permite hacer un análisis exegético de la institución dentro del derecho.

existían delegados quienes ejecutaban las ordenes reales y que su función estaba amparada en la delegación y subordinación jerárquica al monarca¹⁰; este tipo de organización, tuvo gran influencia tanto en las sociedades egipcias, romanas, inglesas y francesas, entre otras.

En esta aproximación histórica de la adopción del término “burocracia”, tuvo pleno desarrollo a partir de los postulados del fisiócrata¹¹ francés Vincent de Gournay, quien acuñó el término¹² y lo relacionó con el poder de la monarquía, que luego sirvió para identificar a la burocracia con el absolutismo y más tarde autoritarismo, estableciendo de esta forma que burocracia se refiere a una clase social¹³, caracterizada por ser conformada solamente por personas con cargos dentro de una organización administrativa denominados actualmente como funcionarios públicos, considerados de forma genérica como servidores públicos¹⁴, quienes

¹⁰ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamento...Ob Cit.*, p. 28. Menciona que el origen de la burocracia, proviene del antiguo régimen Francés, referido específicamente al conjunto de funcionarios organizados jerárquicamente al servicio del rey.

¹¹ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo*. 2º Curso, 4ª Edición, S. E. Colección Textos jurídicos Universitarios, México. 2005., p. 305. “La incorporación de hombres abocados a la función pública, desde la antigüedad, trajo consigo que se fuera conformando un cuerpo de funcionarios y empleados de la administración estatal, provistos de gran influencia social; ejemplos de este hecho son los casos de Grecia y Roma, en sus tiempos de mayor esplendor militar, En el siglo XVIII, los fisiócratas franceses bautizaron a este cuerpo de hombres dedicados a la función pública, como *burocracia*”

¹² Vid. FERNANDEZ, Claro J. “*La Burocracia como Tradición*” en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 100-102. Enero-diciembre 1983., p. 1645. “Sólo la historia puede ayudarnos a superar la ambigüedad del término, acuñado por el fisiócrata francés VINCENT DE GOURNAY, a mediados del siglo XVIII, para referirse al poder del cuerpo de funcionarios y empleados de la Administración estatal en la monarquía absoluta.”

¹³ Vid. MANUEL OSSORIO. *Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales*. 1ª Edición Electrónica. Destacasa S.A. Guatemala. 1998. “**Burocracia**: Clase social formada por los empleados públicos. Influencia excesiva o abusiva que éstos, por su número o por su actuación, ejercen en la administración pública y que repercute en perjuicio de las actividades privadas.”

¹⁴ Vid. LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL. Emitida mediante el D.L. número 1038, de fecha 27 de abril del 2006; publicada en el D.O. número 90, T. 371 del 18 de mayo del 2006. En su cuerpo normativo establece de manera clara lo que se debe de entender como servidor público y lo hace al brindar un concepto de servidor público en su art. 3, lit. d): “**Servidor Público**. Persona natural que presta ocasional o permanentemente, servicios dentro de la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción. Comprende a los funcionarios y empleados públicos y agentes de autoridad en todos sus niveles jerárquicos”

conforman un estrato social específico, por ejercer funciones dentro de la organización del Estado.

El término “burocracia” posee una concepción negativa que está estrechamente relacionada con la concentración de poder político, económico o social, pero esto no es extraño dicha deducción de su contenido si se toman en cuenta sus antecedentes históricos, que han demostrado que la concentración de poder está ligada a las personas que están dentro de los sistemas de control del gobierno¹⁵, quienes se han excedidos en las funciones que el cargo le confiere, constituyendo un abuso de poder¹⁶ o aplicación arbitraria de sus funciones.

La organización pública fue evolucionando junto con la concepción social de burocracia, y cada vez más el término se convertía en expresión del poder público hasta concebirse en la actualidad como un modelo de organización y un método de gestión¹⁷ que proporciona una serie de parámetros, que sirven como mecanismos de control tales como la jerarquización institucional, la delegación de funciones, la reglamentación de dichas funciones y el control de sus actuaciones.

Lo anterior es resultado del desarrollo de la llamada teoría de la administración pública en la cual se establece que la burocracia lejos de su negativa aceptación por la sociedad, dentro de la organización administrativa

¹⁵ Vid. GLADDEN, E.N. *Una Historia de la Administración Pública I, desde los primeros siglos hasta el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición en español, México, 1989. P. 290. “Por *burocracia* entendemos un servicio administrativo que ejerce un poder indebido e irresponsable o usurpa las funciones ejecutivas del gobierno (...)”

¹⁶ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo, diccionarios Jurídicos temáticos*. Vol. 3, Editorial Harla, México, 1997. “**Abuso de Poder:** Actuación de algún servidor público rebasando los límites que el orden jurídico le fija para el ejercicio de la función pública a su cargo; con ello cae en arbitrariedad e ilegalidad”

¹⁷ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 30. “(...) La burocracia ya no se considera una forma de dominación, sino un modelo de organización y un método de gestión, un principio de técnica administrativa y de organización. En esa medida, no puede decirse que sea ni buena ni mala: es un método aplicable a distintas esferas de la actividad humana (...)”

juega un papel esencial para su funcionamiento¹⁸; llegando de esta forma a construir a través de la doctrina el llamado “derecho burocrático”; el cual tiene como principal función la relación entre el Estado y sus servidores.¹⁹

Ahora bien, una “organización burocrática administrativa”, lleva consigo la histórica concepción negativa, pero al analizarse como un modelo de gestión y organización, el concepto de burocracia no lo establece con una connotación buena o mala, más bien como una forma eficiente de organizaciones complejas.²⁰

Esta consideración neutral de la burocracia dentro del modelo organizativo, tiene rasgos característicos que requieren que su actividad sea razonada y lógica²¹; lo que en ocasiones tiene un impacto negativo en la eficacia de sus funciones al volverlas lentas y complejas²², causadas por la

¹⁸ Vid. PARDO, María del Carmen. *Teoría y Práctica de la Administración Pública en México*. Instituto Nacional de Administración Pública. 1º Edición, México, 1992., p. 38. “Según Goodsell la burocracia pública, a pesar de sus admitidas debilidades, desempeña varias funciones esenciales y está lejos de ser lo opresiva con sus miembros y clientes de lo que aseguran sus críticos.”

¹⁹ Vid. GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Derecho de los Servidores Públicos*. 1ª Edición, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2002., p. 7. “En concepto de Acosta Romero, el derecho burocrático constituye “una rama del derecho laboral que se encarga de regular las relaciones entre el Estado y sus trabajadores en sus diversos niveles”; Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 306. “para nosotros tienen especial interés los que se remiten a las relaciones laborales establecidas entre ese cuerpo de funcionarios y el estado, las cuales generalmente son reguladas de manera diferente de aquellas que rigen a los demás trabajadores, dando origen al llamado **derecho burocrático**.”

²⁰ Vid. ESCOBEDO, José Galván. *Tratado de Administración General*. 8º Edición revisada. Ediciones INAP, 1980., p. 223. “Weber sugiere que la forma burocrática es el instrumento más eficiente de administración en gran escala jamás desarrollado y que las sociedades industriales modernas dependen fuertemente de su uso. Dice: “La experiencia tiende universalmente a mostrar que el tipo puramente burocrático de organización administrativa -es decir, la variedad monocrática de burocracia- es desde un punto de vista puramente técnico, capaz de lograr el más alto grado de eficiencia y, en este sentido formal, el medio más racionalmente conocido de lograr un control imperativo sobre los seres humanos.”

²¹ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2004., p. 530. “La burocracia se caracteriza por operaciones altamente rutinarias que se logran por medio de la especialización, las reglas y reglamentos muy formalizados, el agrupamiento de tareas en departamentos funcionales, la autoridad centralizada, cortos tramos de control y toma de decisiones que sigue la cadena de mando.”

²² Vid. CHIAVENATO, Idalberto. *Administración de Recursos Humanos*. 5º Edición, Editorial Mc Graw Hill, Colombia, 2000, p. 286. “(...) la burocratización, que puede -hasta cierto punto- traer

estructura racional de la administración pública lo cual propone una estructura de eficacia frente a un modelo racionalista.

El modelo burocrático, en el plano del estudio de la administración pública se identifican elementos esenciales e imprescindibles, que lo constituyen, siendo estos: a) Una división del trabajo basada en la especialización funcional; b) Una jerarquía de autoridad bien definida; c) Un sistema de normas cubriendo los derechos y deberes de los que ocupan posiciones; d) Un sistema de procedimiento para las situaciones de trabajo; e) Impersonalidad de las relaciones interpersonales; y f) Promoción y selección de puestos basados en la competencia técnica.

Ahora bien, este modelo se considera excesivamente mecanicista, por lo que se hacen dos consideraciones, la primera consiste en establecer que la forma burocrática es más apropiada para las actividades rutinarias de la organización –para el caso de emisión de certificaciones, u otro servicio administrativo-, donde la productividad es el mayor objetivo²³; y la segunda, que dicha forma no es apropiada para organizaciones altamente dinámicas y flexibles, empeñadas en actividades no rutinarias donde la creatividad y la innovación son factores importantes²⁴ -para el caso en donde existe necesidad de análisis por parte de la administración, para resolver un

alguna eficiencia a la organización, debido a su carácter racional, aunque no siempre esa eficiencia compense la rigidez y racionalidad a las que se encuentra asociada.”

²³ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2004., p. 530. “la debilidad importante de la burocracia es algo que todos hemos experimentado en algún momento, cuando tenemos que tratar con las personas que trabajan en estas organizaciones: una preocupación obsesiva por las reglas. Cuando surgen casos que no se ajustan precisamente a las reglas, no hay lugar para una modificación. La burocracia es eficiente cuando los empleados confrontan problemas ya enfrentados y para los que se han establecido reglas para la toma programada de decisiones.”

²⁴ Vid. ESCOBEDO, José Galván. *Tratado de Administración General...Ob Cit.*, p. 225. “La posición de las teorías modernas es utilizar el modelo burocrático Weberiano como punto de partida; pero previniéndose de las limitaciones y consecuencias disfuncionales que produce una aplicación altamente estructurada del mismo.”

conflicto entre el administrado y la administración- en la actividad que se realiza.

La racionalidad administrativa en ocasiones es confrontada por una situación real de la administración pública, la adopción de comportamientos mecanizados, hacen que los actos pasados o precedentes, sirvan a la administración como patrones de conducta para alcanzar eficacia y eficiencia en el ejercicio de sus funciones.

La razón se encuentra en que la administración busca una solución frente al modelo racional de la administración; sin perjuicio de las latentes virtudes o consecuencias que posea, está comprobado que el modelo burocrático de organización, es el más aceptado en las organizaciones estatales modernas, pero el análisis de este sistema en sus puntos positivos y negativos, contribuye al desarrollo y evolución de la organización de la administración en la actualidad.

1.3. La Crítica del Modelo Burocrático Administrativo.

Sin perjuicio, de la calificación neutral del modelo burocrático dentro de la organización administrativa, este modelo posee ciertos factores que se pueden identificar de negativos o positivos frente a los administrados²⁵; en cuanto son positivos para alcanzar los fines de la administración de forma eficiente; o son negativos, que su existencia dificulta la satisfacción de las necesidades de los mismos.

Antes de analizar con detenimiento, las críticas del modelo burocrático de la administración, ha de hacerse la consideración que la llamada

²⁵ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 30. La autora expone la importancia del traslado del concepto histórico de la burocracia hacia el ámbito de la administración pública y citando a Nieto García, textualmente: “se ha llegado a un acuerdo según el cual hay un cierto halo de racionalidad en tomo al concepto de burocracia”.

burocracia administrativa, no se limita a un conjunto de oficinas y servidores públicos organizados jerárquicamente, que realizan una actividad repetitiva sin ninguna valoración adicional.

Por el contrario engloba una serie de labores especializadas y delicadas, consistentes en el ejercicio de potestades administrativas mediante la aplicación de parámetros legales, lógicos, racionales y técnicos, que requieren de una valoración, motivación jurídica y fáctica del acto decidido, para asegurar que tanto los derechos e intereses públicos como también los llamados privados, no sean conculcados o en su caso afectados jurídicamente sin el debido proceso, lo que ha convertido a la actividad administrativa, en una actividad de carácter profesional.²⁶

Ahora bien, la actividad administrativa según el modelo burocrático racional está impregnada de características negativas, que vuelven difícil la concepción de una administración eficaz, ésta connotación negativa es proveniente de las ideas liberales, que relacionan a la administración con el acomodamiento en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos, la lentitud de los trámites administrativos, la impersonalidad latente dentro de las instituciones administrativas, la comodidad que se señalará en su momento y la pereza entre otras características propias de los gobiernos de los siglos XVIII y XIX, que aún prevalecen hasta nuestros días²⁷, y que

²⁶ Vid. GALINDO CAMACHO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública*. Editorial Porrúa. 1º Edición, México, 2000., p. 53. El autor hace una mención de las ideas de Max Weber y expone literalmente que: “Es importante señalar que Max WEBER consideró que el desempeño de la administración burocrática tenía un carácter profesional, pero además un poder político importante (...)”

²⁷ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo. 2º curso... Ob Cit.*, pp. 305- 306. Analiza que la concepción de burocracia, ha estado relacionada con aspectos negativos, relacionados a los mecanismos de administración y literalmente expresa que: “desde sus inicios asume una connotación desfavorable, al ser utilizado por los liberales para identificar al formalismo, la altanería, el despilfarro de recursos, la falta de entusiasmo para desarrollar sus actividades, la corrupción y la adopción de trámites excesivos que, entre otros, caracterizaban al aparato administrativo de los gobiernos autoritarios durante los siglos XVIII y XIX, sentimiento negativo y generalizado que no ha desaparecido en nuestros días.”

constituyen evidentemente el aspecto criticable de la organización administrativa.

También existen críticas positivas como: “la efectividad, la discreción, la objetividad o la neutralidad emocional en la relación con el público, la igualdad de trato a cualesquiera ciudadanos, la corrección, la precisión, la certidumbre, el pensamiento normativo acompañado de la juridicidad en su acción, la continuidad y la tendencia a la estandarización”²⁸; al analizar estos puntos positivos de la administración pública, obliga a realizar un análisis entre las ventajas y desventajas que el modelo organizativo burocrático ofrece a la administración pública.

Esta dualidad de componentes positivos como negativos, son manifestaciones claras que la función administrativa puede verse afectada por el componente humano que la conforma y la ejerce; no se debe de olvidar que cada servidor público es ser humano, con valores determinados y diferenciados que en mayor o menor medida, afectan el desarrollo de la actividad de la administración pública.

Ahora bien, para minimizar lo anterior cada funcionario público posee competencias y facultades delimitadas por la ley, y cuyo ejercicio no requiere mayor análisis racional, más que el simple cumplimiento de los requisitos establecidos en un cuerpo normativo llámese ley, reglamento, instructivo, circular; lo que en la doctrina se denomina como potestad reglada.²⁹ Los

²⁸ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 31. La doctora en su investigación, expone que frente a las características negativas de la administración pública, existen además aspectos positivos, da soporte al sistema administrativo, como un ente objetivo, y que cuyo funcionamiento debe de ser lógico y racional.

²⁹ Vid. MARÍA DÍEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997. “Es actividad reglada la de la administración la que debe de sujetarse a los textos legales que la limitan.” Por consecuencia cuando la administración tenga la obligación de apegarse a lo que la ley o cualquier otro cuerpo normativo establezca sin tener la oportunidad de elegir la solución legal, entonces se está frente a una facultad reglada de la administración pública.

actos precedentes de la administración, tienen incidencia en la adopción de futuros comportamientos, no solo por el razonamiento, legalidad y eficacia que tienen, sino por la practicidad que simbolizan, porque no es lógico que ante “situaciones similares existan soluciones diferentes”, porque se vulneran principios constitucionales ampliamente desarrollados por el derecho administrativo.

Mediante el análisis de diferentes componentes tanto facticos como jurídicos; la afirmación anterior, se convierte en la regla general, que bajo los mismos principios constitucionales puede tener su excepción, sin ser sinónimo de ilegalidad o arbitrariedad, de ahí que la discusión sobre si es negativo o positivo el modelo burocrático en la administración pública, pierde su sentido porque no se puede determinar que es totalmente positivo o negativo.

Sin perjuicio de las ventajas que este modelo posee, la administración encuentra soluciones a su falta de eficacia al desarrollar comportamientos determinados, como una forma de contrarrestar los aspectos más criticables al modelo burocrático, y la una de las soluciones es la de la adopción de criterios preestablecidos de decisión que vinculan a la administración al respeto de principios constitucionales; de lo anterior nace la necesidad de entender el proceso de decisión de la administración pública.

2. LA ACTIVIDAD RACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PROCESO DE APRENDIZAJE Y ADOPCIÓN DE DECISIONES.

En este apartado, se analiza la parte dinámica de la administración pública³⁰; se hace énfasis en la forma en que se adopta una decisión, así

³⁰ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador...Ob Cit.*, p. 51. “(...) se puede evidenciar sucintamente los dos criterios dominantes, sobre la conceptualización de Administración Pública: a. El punto de vista subjetivo que concibe a la administración como una

como en la forma en que la decisión tomada con anterioridad, contribuye al proceso de aprendizaje del funcionario público en el ejercicio de su función; lo anterior comprende un proceso racional, que ayuda al desarrollo de mecanismos lógicos que permiten crear comportamientos que facilitan la aplicación de las funciones frente al administrado; el análisis del modelo racional de la administración pública, es necesario para comprender las diferentes etapas que el funcionario público debe de superar para adoptar una decisión.

2.1. El Modelo Racional de la Administración Pública.

El raciocinio, es un valor importante en la sociedad, que contribuye a robustecer las decisiones que se adoptan, tanto a nivel personal, como a un nivel tan complejo como en una organización estatal; pero antes de analizar el “modelo racional” de la administración pública, son necesarias algunas consideraciones puntuales:

En primer lugar el término “racional” como “razonable” están vinculados entre sí; sin embargo se utilizan en momentos diferentes, ejemplo de ello es que cuando se busca una respuesta razonable a un problema jurídico, se refiere a la búsqueda de una solución, conforme a las reglas de racionalidad.³¹ En segundo lugar lo razonable se refiere a las reglas de argumentación de una solución, mientras que lo racional se refiere a las reglas de la demostración o comprobación de la solución.³²

entidad orgánica, un súper personaje del Estado con facultades exorbitantes. b. El punto de vista objetivo que la considera como una acción o un conjunto de actividades inmediatas, permanentes y concretas dirigidas a la satisfacción de intereses colectivos o particulares; desde este criterio Administración Pública es sinónimo de función administrativa.”

³¹ Vid. ALONSO MÁS, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1998., p. 41. El autor expone lo que ha de entenderse como reglas de racionalidad: “Estas se constituyen por las reglas de la lógica en sentido estricto; pero también por otras, como las de sinceridad, consistencia y coherencia y el respeto a las reglas del discurso.”

³² *Ibidem...*, p. 45. “La irracionalidad implicaría vulneración de las reglas de la demostración, y la irracionalidad, de las reglas que rigen la argumentación.”

De ahí que la administración es racional en el proceso de decisión, porque no es suficiente que la administración se limite a decidir sobre la base de una simple argumentación, al contrario el servidor debe de decidir tomando en consideración lo solicitado por el administrado, y verificando la posibilidad legal de su decisión en la ponderación del interés público sobre el interés privado del administrado.

El modelo racional de la administración pública, focaliza en considerar “todos los factores internos y externos” del proceso de elección de una decisión.³³ Entre los factores externos se encuentra la posibilidad legal, un aspecto determinado por la ley en el ejercicio de ciertas facultades, las peticiones de los administrados, y sobre todo las circunstancias fácticas que rodean, el hecho; estos en su conjunto configuran los insumos necesarios para que la administración pueda valorar la decisión más conveniente, para los intereses generales y los privados.

En cambio, entre los factores que se consideran internos se menciona el proceso de aprendizaje del ejercicio de la actividad administrativa, la especialización de los servidores públicos, para que posean conocimientos técnicos necesarios para el pleno ejercicio de la actividad a la cual han sido delegados.

De acuerdo a un formulismo común del proceso racional de la administración, el funcionario público para adoptar una decisión debe: 1) Identificar el problema o situación; 2) Esclarecer sus metas y clasificarlas en orden de importancia; 3) Incluir todos los medios posibles -o las normas- para alcanzar cada uno de esos objetivos; 4) Evaluar todos los costos y los

³³ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2004., p. 131. “El que toma decisiones óptimas requiere de racionamiento. Es decir, elige opciones constantes de máximo valor en el contexto de sus restricciones. Estas opciones se eligen siguiendo un modelo de toma racional de decisiones (...)”

beneficios que parezcan ser consecuencias de cada una de las normas alternativas; y 5) Seleccionar un conjunto de metas y normas asociadas que produzcan los mayores beneficios relativos, con el menor número posible de desventajas relativas.³⁴

Este modelo racional, necesita de una gran utilización de recursos humanos, porque necesita una total atención a cada uno de los factores que pueden intervenir para la toma de decisiones, por consecuencia es ineficaz, en términos de tiempo y uso de recursos³⁵, que se derivan del exhaustivo análisis de cada punto.

Esta estructura racional, tiene efectos contradictorios y se vuelve irracional, en tanto, por la lentitud en la actividad administrativa, ocasiona que sus decisiones dejen en una incertidumbre jurídica a los derechos de los administrados; y puede provocar que los efectos negativos del hecho que ocasionó la petición a la administración, sean irreparables e imposibles de deshacer a causa de la demora en la decisión en la administración.³⁶

³⁴ Vid. SHARKANSKY, Ira. *La administración pública, la política frente a la burocracia*. Editores Asociados S.A., 2º Edición, México, S.F., p. 48; Vid. LÍNDBLOM, Charles E. *The Policy-Making Process*. S. E., S. Ed., 1968, p.13.

³⁵ Vid. C. MOSHER, Frederick y CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la Administración...Ob Cit.*, p. 354. “Se sostiene que el procedimiento de formación de las decisiones administrativas comporta necesariamente una relación lógica, y por ello consciente, entre el fin que se pretende realizar y los medios que se piensa emplear para tal fin (...); Vid. SHARKANSKY, Ira. *La administración pública...Ob Cit.*, p. 49. “(...) este modelo racional de toma de decisiones parece inadecuado para la mayor parte de las dependencias públicas. que se encuentran bajo presión para producir normas con rapidez (...)”

³⁶ Nota: Sobre este punto, es necesario mencionar, que en los casos que la administración deje de pasar el tiempo sin pronunciar resolución alguna, opera lo que en la doctrina se le denomina “silencio administrativo”, el cual puede brindar una solución a este problema, otorgando el visto bueno a la petición del administrado, en caso de no hacer pronunciamiento alguno el órgano administrativo, competente. Vid. SSCAS, de fecha 02/03/1999, proceso bajo la ref. 104-R-99. “(...) En nuestro régimen, las leyes administrativas no regulan los efectos del silencio de la administración ante las peticiones hechas por los administrados, y es la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como ley de aplicación general, la que en el Art.3 letra b) establece que el silencio de la administración se reputa como denegación presunta cuando han transcurrido sesenta días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud (...)”

La especialización y la división del trabajo, dentro de la administración pública es consecuencia de la adopción del modelo burocrático organizacional, y sobre todo del desarrollo de tecnologías³⁷ como la informática en general; que hacen necesario un conocimiento especializado de los funcionarios públicos.

De esta forma se configura un modelo de organización sistematizado, en donde las funciones de la administración no recaen en una sola persona, sino en muchas personas que realizan funciones específicas, lo que permite que cada una de ellas se especialice en su ejercicio; lo anterior tiene un origen histórico en la necesidad de los gobiernos de un funcionamiento eficaz de sus instituciones, para alcanzar los fines máximos del Estado.³⁸

Para lograr que la actividad administrativa sea eficaz, la administración debe de tener parámetros lógicos para el ejercicio de funciones; así como mecanismos de toma de decisión razonables para lograr que los fines estatales sean alcanzables, y no se conviertan en expectativas subjetivas difíciles concretizar por el ejercicio disfuncional, irracional e ineficaz de la actividad administrativa.

No se debe de olvidar de igual forma, que no todos los comportamientos son producto de una actividad consciente del sujeto, y

³⁷ Vid. ESCOBEDO, José Galván. *Tratado de Administración General*. 8ª Edición revisada, Ediciones INAP, México, 1980. p. 34. “En casi todos los aspectos de las administraciones modernas, la especialización juega un papel cada vez más acentuado. A medida que avanza la tecnología, se hace necesaria una mayor división del trabajo y del esfuerzo, en proporciones cada vez más sutiles”

³⁸ Vid. GLADDEN. E.N. *Una Historia de la Administración Pública II, desde los primeros siglos hasta el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición en español, México, 1989., p. 451. “La especialización fundada en la división del trabajo ha sido reconocida durante mucho tiempo como uno de los fenómenos clave en el desarrollo de la humanidad, especialmente en la esfera del gobierno (...) No fue sino hasta el gran aumento en el ámbito de actividad y la complejidad del gobierno, siguiendo al Estado benefactor o de servicios sociales cuando el pensamiento concentrado comenzó a dirigirse a la administración pública como un factor especializado del gobierno, en sí mismo parte del extenso dominio de la política (...)”

algunos son productos de la automatización³⁹, pero no por ello se debe de negar la posibilidad de que existen decisiones que estén influenciadas, por los comportamientos que no necesariamente son producto de la reflexión exhaustiva de la administración, y que nacen a raíz de un proceso de aprendizaje sobre su actividad anterior.

El proceso de aprendizaje y toma de decisiones de la administración, está sujeto a reglas no solo jurídicas, sino reglas lógicas y psicológicas, que nacen en el interior de los procesos intelectivos de los agentes administrativos, dentro del margen de discrecionalidad que el ordenamiento jurídico administrativo permite; pero no por ello, la discrecionalidad deja de ser limitada a otro sistema de normas que están alimentadas de la razón. Es por muchas razones que resulta imperativo conocer el fenómeno de aprendizaje de los agentes administrativos, para entender el comportamiento de la administración pública, desde su origen lógico.

2.2. El Proceso Psicológico de Aprendizaje.

El proceso de aprendizaje de los funcionarios públicos, es un factor importante para el correcto desempeño en su actividad⁴⁰; parece que este análisis no tiene relevancia alguna, pero al contrario, al entender la forma en que el “ser administrativo”, hace uso de herramientas psicológicas y de su propia experiencia, se comprende el arraigo natural del servidor público a sus

³⁹ Vid. C. MOSHER, Frederick y CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la Administración...Ob Cit.*, p. 353. “Es de advertir que no todas las manifestaciones de comportamiento humano son el producto de reflexión deliberada y consciente del sujeto; este, de hecho, obra también inconscientemente, automáticamente, bajo la influencia de estímulos internos o externos a la propia persona. Adviértase, asimismo, que solo las primeras manifestaciones asumen el carácter de *elección*, o bien se revelan al sujeto y a terceros como *decisiones*; pero ello no es óbice para que la decisión esté precedida o acompañada a lo largo del curso de su formación por actos o manifestaciones que no constituyen producto de la reflexión consciente del individuo”

⁴⁰ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.* p. 33. “el sujeto aprende sobre la base de experiencias previas, mediante la imitación de las conductas ensayadas con anterioridad”

decisiones precedentes, considerando en mucha o poca medida el modelo racional expuesto.

El aprendizaje es entendido para Stephen Robbins como: “cualquier cambio relativamente permanente en la conducta que ocurre como resultado de la experiencia”⁴¹ ; sumando a la definición anterior, se agrega que dicha experiencia, puede ser adquirida a través de los propios actos o a través de los actos de otros individuos, transmitidos para la consecución de ciertos fines; con relación a la definición expuesta esta definición comprende cuatro elementos:

El primero sobre la existencia de un cambio que puede ser para el servidor público como favorable o desfavorable; en segundo lugar este cambio debe de ser permanente, de lo contrario será un acto reflejo que no crea ningún cambio en absoluto; tercero que el aprendizaje atañe a la conducta, así pues el conocimiento se deriva de una conducta dirigida, sea esta la adopción de un hábito de lectura o la constancia a un centro de estudio, por ende la conducta ha sido modificada; y como cuarto elemento, que en el aprendizaje es necesaria algún tipo de experiencia, la cual es adquirida por el servidor público.⁴²

De lo anterior, nace la interrogante siguiente: ¿El funcionario público, conoce con antelación la forma correcta de ejercer sus funciones? Preliminarmente la respuesta es no; porque tanto en el caso que el funcionario público se le asigne nuevas funciones, a raíz de un nuevo

⁴¹ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional...Ob Cit.*, p. 43. El autor brinda una definición de aprendizaje, en la cual establece que el aprendizaje puede provenir tanto de factores internos o externos del ser.

⁴² *Ibidem...*p. 44. El autor hace énfasis en que la experiencia es adquirida de formas variadas, y citándolo textualmente expone que: “La experiencia se adquiere, directamente, mediante la observación o práctica o, indirectamente, como a través de la lectura.”

nombramiento, o por entrar por primera vez a trabajar en una dependencia administrativa.

Como en el caso que sean nuevas las funciones que se le atribuyen por una fuente normativa –ley, reglamento o circular-, es lógico, que el conocer sus funciones en abstracto, no implica automáticamente el que se conozca la forma correcta de ejercer dichas facultades, es decir el concretizar de forma eficaz en la vida diaria del ámbito administrativo; puesto que nadie conoce los procedimientos y los problemas que implica una actividad hasta el momento que la ejerce.⁴³

No se puede negar, que existen actos que están limitados y establecidos por la ley⁴⁴, por lo que no necesitan de mayor aprendizaje, más que solo adecuar las situaciones concretas a supuestos establecidos en la ley; pero en la medida que se profundiza en el análisis se identifica que incluso en las facultades regladas establecidas en cuerpos normativos, por sencillas o complicadas que sean, el funcionario público hace uso de la memoria, razón y del hábito para poner en práctica modelos útiles de comportamiento que facilitan su aplicación y cumplimiento eficaz.⁴⁵

Lo anterior, descansa sobre la base de la teoría del aprendizaje social⁴⁶, que consiste que en la medida que el servidor público, ejerce sus

⁴³ Vid. GUERRERO, Omar. *El Funcionario, el Diplomático y el Juez*. 1º Edición, Editorial INAP, México, 1998., p. 56. “Por consiguiente, como cualquier otra actividad humana de carácter especializado, el desempeño administrativo de los servidores públicos exige una *preparación* que requiere la adquisición de conocimientos, así como los ingredientes sociales que provienen de la moral y del carácter, costumbres y género de vida del país de que se trate (...)”

⁴⁴ Nota: Entendida esta tanto en sentido material como formal.

⁴⁵ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*. S. Ed. S. E. Madrid, 1880., p. 43. “Así aprovechamos la experiencia personal y nos apropiamos la ajena, aprendiendo en nuestros hechos pasados y en los hechos de los demás, sin necesidad de que esforcemos nuestra reflexión ni de que corramos el riesgo de un yerro o de una caída desastrosa.”

⁴⁶ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional...Ob Cit.*, p., 43. El autor expone las tres teorías que explican el proceso por el cual se adquieren nuevas conductas, entre las que menciona en primer lugar *la teoría del condicionamiento clásico*, consistente en que el individuo responde a un

funciones de manera continua; en esa misma medida aprende de actuaciones anteriores y las convierte en patrones lógicos de comportamiento, que ligados a la memoria y el hábito constituyen las herramientas necesarias para una decisión, conforme a sus actuaciones precedentes.⁴⁷

Esta teoría es importante para comprender las razones del comportamiento interno de la administración, al momento de remitirse a sus actos pasados como forma de tomar una decisión, cuyo razonamiento se encuentra ligado a los comportamientos previamente adquiridos a través de su experiencia por medio de un procesamiento mental de información.⁴⁸

Una vez identificada la base psicológica, dentro del derecho administrativo, de entre la gama de procesos de aprendizajes identificados por la psicología, tiene especial relevancia el llamado *aprendizaje instrumental*, el cual estimula la creación de costumbres y de hábitos, que determinan el comportamiento posterior del individuo - en este caso de los funcionarios públicos- con la finalidad de evitarla o mantenerla en situaciones similares o diferentes a futuro.

estímulo determinado; la segunda *teoría la del comportamiento aparente*, la cual consiste en un comportamiento deseado lleva a la recompensa o a la prevención del castigo; y finalmente la *teoría del aprendizaje social*, la cual afirma que las personas aprenden por observación y experiencia directa.; también Vid. HELLRIEGEL, Don; y SLOCUM, John W. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Thomson. España. S. F., p. 111. “La teoría del aprendizaje social se enfoca en que la gente aprenda nuevos comportamientos mediante la observación de otros, y luego modelando su propio comportamiento en seguimiento de los observados. Los cinco factores recalcados en la teoría del aprendizaje social son el simbolismo, el pensamiento previo, el aprendizaje por imitación, el autocontrol y la autoeficacia.”

⁴⁷ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.* p. 33. “La teoría del aprendizaje aporta una valiosa explicación científica de la conducta burocrática y, en concreto, de la razón por la que la referencia a los actos pasados es una constante irrenunciable en el funcionamiento interno de la Administración”

⁴⁸ Vid. HELLRIEGEL, Don; y SLOCUM, John W. *Comportamiento Organizacional...Ob Cit.*, p. 106. “Según la teoría del aprendizaje social, el aprendizaje se visualiza como la adquisición de conocimiento mediante el procesamiento mental de información. En otras palabras, la parte social reconoce que los individuos aprenden al ser parte de una sociedad y la parte de aprendizaje reconoce que los individuos utilizan procesos de pensamiento para tomar decisiones.”

El elemento principal de este tipo de aprendizaje, es la existencia de situaciones similares u homologables que permiten la aplicación del mismo razonamiento, en situaciones que anteriormente se hayan tenido, para de esta forma estandarizar un comportamiento y tomar una decisión de manera mecanizada, automática e incluso inconsciente.⁴⁹ No puede establecerse de forma general, que un comportamiento automatizado es negativo para la administración pública al contrario, la automatización de procedimientos pueden tener efectos positivos para lograr una eficiencia⁵⁰ de la administración pública.⁵¹

No por ello se puede afirmar que eficacia es sinónimo de seguridad jurídica, más aun cuando la decisión administrativa, debe de recaer en razonamientos particulares y no generalizados inclusive en presencia de circunstancias aparentemente similares; es necesario por consecuencia que la administración conserve la mínima conciencia para modificar los hábitos, costumbres o rutinas⁵² en su actuación, para que no pierdan validez en el tiempo a consecuencia de los constantes cambios que el derecho y la realidad suponen.

2.3. El Proceso Psicológico de toma de Decisión.

⁴⁹ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 33. “El presupuesto necesario para asegurar la racionalidad de este tipo de comportamiento es que la conducta aprendida sólo se active en una situación semejante a la que provocó el-aprendizaje o, lo que es lo mismo, en una situación igual.”

⁵⁰ Nota: Entendida en el sentido económico, entre la utilización de recursos, en la obtención de resultados.

⁵¹ Vid. BAQUER, Martin Retortillo. *El Reto de una Administración Racionalizada*. Editorial Civitas, S. Ed. Madrid, 1983., p. 69. “El hábito es positivo, porque consigue que en algunas medidas necesarias se hagan costumbres, que se conviertan en praxis del actuar cotidiano y normal de la administración, (...)”

⁵² Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente administrativo... Ob Cit.*, p. 34. “En todo momento, los agentes administrativos deben conservar una mínima conciencia y capacidad de reflexión sobre su comportamiento, suficientes para interrumpir la cadena conductual en un momento dado.”

Se hace una remisión al proceso racional de la administración pública; este proceso brinda las herramientas metodológicas necesarias para adoptar una decisión a nivel estructural; esto responde a la teoría de la administración, cuyo estudio se centra en la función de dirección de la administración pública que se produce mediante la adopción de decisiones⁵³, lo que quiere decir que cada paso que se sigue para tomar una decisión, debe de ser objetivo para evitar la arbitrariedad individual y además susceptible de justificación lógica.

Pero más allá de este esquema sistematizado de análisis, la decisión del agente administrativo, está influenciada por la utilización de herramientas psicológicas como la memoria y el hábito, los cuales están vinculados con el aprendizaje instrumental; juntos crean mecanismos semiconscientes de comportamiento, que al analizarlos junto a la exigencia de racionalidad administrativa, obligan al servidor público a mantener un equilibrio entre ellas; a lo que Herbert Alexander Simón denominó como la “conciencia en torno al entrelazamiento de las decisiones pasadas, presentes y futuras”⁵⁴; que junto a la exigencia de racionalidad, constituyen un sistema de control que exige coherencia entre ellas.

2.3.1. La Importancia de la Memoria.

La memoria es una de las principales herramientas del proceso de decisión, para el análisis de los comportamientos de la administración pública, la memoria es definida como: “el proceso o capacidad psicológica

⁵³ Vid. GALINDO CAMACHO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública...Ob Cit.*, p. 190. “La naturaleza del proceso decisorio en la administración pública, consiste que para tomar la decisión correspondiente, se deben seguir los pasos o fases del mismo, determinando las distintas alternativas para optar por la mejor de ellas, que puedan ser ejecutables”

⁵⁴ Vid. SIMON. Herbert Alexander. *El Comportamiento Administrativo*. S. Ed. S. E. Buenos Aires, 1978., p. 93., citado por DIEZ SASTRE, Silvia... Ob Cit., p. 35. La autora relaciona la importancia del aprendizaje puesto que los actos pasados inciden en el futuro, y en el razonamiento la autora encuentra la semilla del precedente no solo en el derecho administrativo como tal, sino en todas las manifestaciones incluso en las más antiguas de derecho.

que permite tener en cuenta las soluciones anteriores para aplicarlas a la hora de resolver casos concretos posteriores⁵⁵; la memoria hace posible que los razonamientos aplicados en una situación anterior puedan ser nuevamente utilizados, con la ventaja de no tener la necesidad de volver a valorar cada factor que determinó la decisión y solo es aplicable en los casos semejantes.

La memoria facilita el almacenamiento de la información, pero debido a las limitaciones de la misma se han desarrollado mecanismos de memoria artificial, que facilitan la permanencia de los criterios adoptados de forma mucho más efectiva, entre los cuales se mencionan, las bibliotecas, archivos y registros sean estos físicos o como se conocen en la actualidad mediante soportes digitales⁵⁶; los que contribuyen a la conservación de soluciones anteriores, en casos similares a los que en la actualidad el servidor se puede enfrentar, esto evita que se realice un análisis sobre puntos analizados con anterioridad.

El aprendizaje instrumental y la memoria, se relacionan en un primer plano para la creación de comportamientos; en orden de ideas, frente a una situación de la realidad, la administración analiza y valora mediante un proceso racional que determina la objetividad e imparcialidad de su resolución; este proceso es aprendido y luego es almacenado de manera física o artificial, que luego podrá ser utilizado en casos similares; de ahí la importancia del elemento psicológico en las decisiones administrativas, pero

⁵⁵ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente administrativo...Ob Cit.*, p. 35. La autora analiza la importancia de conocer el funcionamiento psicológico de los seres, puesto que estos elementos inciden directamente los actos de decisión de la administración, porque la administración es una abstracción jurídica, conducida por seres humanos y tanto la memoria y el aprendizaje en el ejercicio de sus funciones son indicadores de la relevancia del estudio del precedente administrativo dentro del derecho.

⁵⁶ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional...Ob cit.*, p. 539. “las tecnologías tienden hacia actividades rutinarias o no rutinarias. Las primeras se caracterizan por operaciones automatizadas y estandarizadas. Las actividades no rutinarias son condicionadas por las demandas de los clientes.”

en la creación de un comportamiento, también interviene un elemento que determina la utilización o no de criterios y decisiones anteriores en un lapso de tiempo determinado el cual se le denomina como hábito.

2.3.2. La Necesidad de un Hábito.

Puede definirse al hábito como un “modo de especial de proceder o conducirse, adquirido por la repetición de actos iguales o semejantes”⁵⁷ este comportamiento según esta definición se adquiere por la repetición, pero el autor JOAQUIN COSTA, expone que la repetición, no es la única forma de crear un hábito, también puede ser creado por la permanencia en el tiempo de los actos⁵⁸; este aspecto amplía la concepción de los hábitos del administrador, que luego son considerados como hábitos administrativos, los cuales pueden tener existencia por la continuidad de una sola acción o por la reiteración de varios actos.

El hábito es una actividad del ser racional, es un instrumento que ayuda a conservar y a poner en práctica los comportamientos del agente administrativo; su importancia reside en la capacidad de permitir al administrador reaccionar de forma similar ante situaciones similares⁵⁹, lo que establece parámetros de actuación administrativa, que contienen elementos del proceso de aprendizaje instrumental y de la memoria.

⁵⁷ Vid. GISPERT, Carlos (director). *Océano Uno, Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Grupo Editorial Océano. S. Ed. Madrid. 1991. Definición que brinda el aspecto más básico del concepto el cual a partir del mismo se desglosa en los elementos que lo conforman y que tienen relevancia jurídica para el derecho.

⁵⁸ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico...Ob Cit...*, p. 365. “el hábito se engendra, unas veces, de la repetición de un cierto número de impresiones, estados, actos o movimientos homogéneos; otras veces, de la *permanencia o* continuidad de una misma impresión, acto o estado, durante un cierto espacio de tiempo.”

⁵⁹ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente administrativo...Ob Cit.*, p.35. “El hábito desempeña así una tarea extraordinariamente importante en el comportamiento finalista porque a estímulos o situaciones similares se hace frente con respuestas o reacciones semejantes, sin necesidad de volver a pensar reflexivamente en la decisión que ha de producir la acción adecuada.”

Si el administrador al momento de enfrentarse a una situación presente, puede resolverlo mediante la aplicación de los hábitos adquiridos con anterioridad, mediante la reiteración de los actos aplicados a casos semejantes; o en la aplicación del acto mantenido durante un lapso de tiempo, entonces lo más razonable es que se aplicará el criterio conocido, para evitar un desgaste innecesario del agente administrativo.

Al igual que la memoria, el hábito puede tener una vertiente artificial la cual luego puede convertirse en una práctica organizativa, que ha permitido, la creación de manuales de prácticas o procedimientos administrativos.⁶⁰

Esto desarrolla que la administración resuelva situaciones similares, mediante la remisión a esas prácticas establecidas y aceptadas; en lugar de la adopción de diversas alternativas que las particularidades del caso permitan; lo que origina una automatización de la actividad de la administración, y se abre la brecha a la irracionalidad de los actos por aplicar comportamientos inapropiados por la naturaleza del hecho jurídico que necesita un pronunciamiento de la administración pública.

Con lo anterior se concluye, que la importancia de la administración a sus actos precedentes, tiene origen tanto en el aprendizaje instrumental del servidor público, lo cual facilita el ejercicio de las funciones administrativas lo que tiene como efecto inmediato eficiencia y agilidad de sus actos; la adopción de comportamientos, permiten la aplicación de criterios aprendidos de forma continua en el tiempo, y hacen que los procesos intelectivos del servidor público no recaigan en redundancias innecesarias, y proporcionan certeza y seguridad jurídica a sus actos.⁶¹

⁶⁰ *Nota:* Pueden ser los manuales institucionales, que son creados por la administración, para informar y educar a sus servidores de la forma de realizar cierta actividad.

⁶¹ *Vid.* ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional... Ob Cit.*, p. 132. “Una vez que quien va a decidir ha definido el problema, tiene que identificar los criterios de decisión, que serán

PARTE SEGUNDA:

EL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

3. ¿COSTUMBRE, HÁBITO, PRÁCTICA, RUTINA Ó PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

No es difícil caer en una confusión conceptual entre el hábito, la costumbre, la rutina, la práctica y el precedente administrativo⁶²; pero negar que no poseen diferencias conceptuales, aplicativas y sobre todo de consecuencias jurídicas, es establecer que todas producen efectos jurídicos hacia el administrado, y con ello se comete el error de crear un sincretismo entre cada una de ellas.⁶³

Estas manifestaciones de la actividad administrativa, poseen un origen común que se encuentra en el proceso de repetición, aprendizaje y aplicación por parte de los funcionarios públicos; comportamientos que la ley en algunos casos ha reconocido algunos efectos jurídicos que pueden ser invocados por los administrados. Sin embargo, algunos de estos comportamientos carecen de efectos jurídicos, porque son directrices internas de la administración pública, que vinculan a los funcionarios

importantes para resolver el problema. En esta etapa el encargado determina que es relevante para tomar la decisión y aporta al proceso sus intereses, valores y preferencias (...)

⁶² Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 36. “En el campo de la Ciencia de la Administración el recurso a los actos anteriores en busca de orientación y modelos conductuales cristaliza en otras figuras, en concreto, las prácticas administrativas, la práctica administrativa y la rutina administrativa (...)”

⁶³ Nota: Existen comportamientos que no producen efecto jurídico alguno; pero sin embargo es de gran importancia conocerlos para evitar futuras confusiones con el precedente administrativo.

públicos, pero que no pueden ser invocados por los administrados por carecer de trascendencia legal.

Todos los comportamientos de la administración, provienen del mismo fenómeno administrativo, y mediante la utilización de parámetros precedentes se busca la concretización de modelos de comportamiento⁶⁴, que se manifiestan en prácticas o en la llamada práctica administrativa, costumbre, rutina⁶⁵ y sobre todo en el precedente administrativo. Pero al mismo tiempo, estos comportamientos configuran un sistema complejo de actos que poseen particularidades, que son propias al campo de estudio tanto de la ciencia de la administración como del derecho administrativo.

Por lo anterior, se afirma que cada manifestación de la administración pública, tiene un campo de análisis determinado; ya sea a través de la ciencia de la administración o del derecho administrativo; en consecuencia los siguientes párrafos serán dedicados a analizar cada comportamiento en general.

4. EL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En todos los comportamientos de la administración pública, se alude a una reiteración o permanencia de actos, cuyas manifestaciones están relacionadas de forma muy estrecha con los efectos jurídicos que pueden tener tanto para la administración como para los administrados.

⁶⁴ Vid. HELLRIEGEL, Don; y SLOCUM, John W. *Comportamiento Organizacional...Ob Cit.*, p. 94. El autor hace énfasis en la importancia de los antecedentes y de la influencia de los mismos en la creación y adopción de diversos comportamientos; y citándolo textualmente dice: “Un antecedente precede y constituye un estímulo para un comportamiento. Los antecedentes son instrucciones, reglas, metas y consejos de otros que ayudan a los individuos a distinguir entre las conductas que son aceptables y las que no lo son, y hacen saber las consecuencias de tales conductas”

⁶⁵ Vid. C. MOSHER, Frederick y CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la Administración...Ob Cit.*, p. 356. “El hábito, la rutina, la costumbre, la tradición, la imaginación e incluso aquellos comportamientos instintivos que se presentan al propio sujeto carentes de lógica, son manifestaciones de comportamiento igualmente capaces de producir sus efectos en el ambiente circunstante (...)”

Su análisis, expone la naturaleza racional de la actividad administrativa, estos comportamientos nacen como una manifestación de la labor intelectual de los funcionarios públicos, cuya permanencia está limitada a los parámetros de legalidad y temporalidad.

La línea que divide este análisis, se encuentra entre el campo del derecho administrativo y la ciencia de la administración, la cual se vuelve más estrecha, por lo tanto, es necesario reconocer que la administración pública puede ser analizada por ambas disciplinas⁶⁶, no es reconocer que las valoraciones que poseen son iguales, al contrario esto permite tener una visión mucho más amplia del fenómeno administrativo, enfocado desde una valoración tanto normativa y organizativa lo que facilita la comprensión de la manifestación fáctica del fenómeno y sus efectos jurídicos dentro del derecho administrativo.

Al hacer mención de una “reiteración de actos”, la palabra “acto” hace referencia al concepto amplio de la palabra⁶⁷, por tanto para evitar futuras confusiones, se distingue entre los “actos administrativos”⁶⁸ y “actos de administración”, dos expresiones que pueden ser confundidas con facilidad; pero su significado puede variar si se analiza con relación a los efectos que producen, en consecuencia es de vital importancia entender que ambas

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 64. “(...) para una comparación serena y objetiva entre Derecho administrativo y ciencia de la administración y estamos sustancialmente de acuerdo, respecto a la ayuda recíproca que las dos disciplinas pueden otorgarse entre sí, lo que constituye un buen paso adelante en la reforma de los programas de formación de los funcionarios públicos (...)”

⁶⁷ *Vid.* MANUEL OSSORIO. *Diccionario de Ciencias jurídicas... Ob Cit.*, p. 36. “Acto: Manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Hecho o acción, como simple resultado de un movimiento. Instante en que se concreta la acción (...)”

⁶⁸ *Vid.* CARMONA, Francisco Racionero. *Temas de Derecho Administrativo I*. Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ. Consejo Nacional de Judicatura, San Salvador, 2004., p. 67. Define al acto administrativo como: “Cualquier declaración de voluntad, deseo o juicio, realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa que no sea la reglamentaria.”; también *Vid.* SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. 2ª Edición, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1994, p. 59. “entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos”

expresiones se refieren a manifestaciones diferentes de la administración pública, en consecuencia sus efectos también difieren dentro del derecho administrativo.

Ambas figuras, poseen diferencias que se encuentra en los efectos que cada una tiene; en el caso del acto administrativo sus efectos son externos hacia el administrado, en cambio para los actos de administración, sus efectos son internos, propios de la administración pública.⁶⁹ En consecuencia el criterio diferenciador consiste: Que si el acto dictado por la administración produce efectos legales para el administrado, se está frente a un acto administrativo, y en caso contrario se está frente a un acto de la administración.⁷⁰

De tal forma que la administración puede dictar actos, cuyos efectos pueden ser internos o externos con relación a los administrados, en el caso de los actos cuyo contenido solo afectan a la administración, se pueden considerar que existe una vinculatoriedad interna y por ello un comportamiento que sea reiterado dentro de la organización administrativa, no puede ser invocado por un administrado, por carecer de efectos en su esfera jurídica, por tanto los actos de administración no dan nacimiento a derechos individuales, al contrario solo son mecanismos establecidos por la propia administración para realizar funciones específicas.

⁶⁹ Vid. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho Administrativo*. T. 2º, 5ª Edición, Abeledo-Perrot. Buenos Aires., p. 269. “(...) la diferencia entre "acto de administración" y "acto administrativo" radica en que este último proyecta sus efectos hacia el exterior, hacia afuera del ámbito de la Administración Pública, incidiendo en el ámbito jurídico del administrado, en tanto que el "acto de administración" retiene sus efectos dentro de la esfera jurídica de la Administración Pública, agotándose dentro de tal ámbito”.

⁷⁰ Vid. GORDILLO, AGUSTIN. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 3º, 8ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. 2004., p. III-1. El autor expone que para diferenciar el acto administrativo del hecho administrativo, se tiene que tener en cuenta, si la actuación es productora o no de efectos jurídicos directos, por lo tanto para diferenciar el acto administrativo del hecho administrativo, en las actuaciones de la administración pública que no sean la de emitir un acto administrativo, se les denomina acto de la administración, englobando de manera genérica las actuaciones de la administración que no producen efectos alguno.”

La actividad de la administración, al producirse de manera externa crea un vínculo con el administrado a través de un acto administrativo; pero existen actuaciones que pueden crear una relación dentro de la misma administración pública, teniendo así que esos actos son de naturaleza diferente al acto administrativo⁷¹, y su vinculación entre las relaciones con los administrados, se plantea imposible, por carecer del componente de obligatoriedad.

Aunque existen diferencias entre ambos actos, estos tienen elementos comunes⁷², como lo es el hecho que son creados por la administración pública y pueden ser dictados dentro de una misma relación de administración y administrado.

Con lo anterior, se establece que el derecho administrativo se enfoca en el estudio de los actos administrativos que cuya reiteración o permanencia,⁷³ pueden constituir un precedente el cual puede tener el calificativo de “precedente administrativo”, siempre y cuando concurren elementos esenciales de su creación.

Mediante el estudio de la ciencia de la administración, al conjunto de comportamientos de la administración cuyos efectos son internos reciben la denominación de actos de administración, que configuran la denominada

⁷¹ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Séptima Edición actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2002., p. 42. “La teoría de la relación inter-orgánica, como concepción opuesta a la típica que surge del acto administrativo, sufrió los embates de un sector de la doctrina no obstante lo cual cabe apuntar que muchas de las opiniones jurídicas clásicas sostenidas en el derecho comparado se inclinaron a favor del reconocimiento de los actos que emanaban de la actividad interna de la Administración, como una categoría autónoma y distinta al acto administrativo.”

⁷² Vid GALINDO CAMACHO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública...Ob Cit.*, p. 189. “El acto de administración; difiere del acto administrativo, en varios aspectos importantes del mismo, aun cuando en algunos tiene cierta relación con él.”

⁷³ Se tiene que establecer que no todos los actos administrativos pueden configurar un precedente administrativo, por ser una manifestación de la aplicación de una potestad reglada o una potestad discrecional, cuyo régimen es diferente, por su parte el precedente se desarrolla en la aplicación de potestades discrecionales.

“actividad habitual” ó “hábito administrativo”⁷⁴, que se manifiesta como mecanismo de eficacia, frente a los problemas del modelo racional de la administración pública, al tomar una elección que luego será una decisión frente a terceros.

La actividad habitual es considerada como una actividad organizada, mecanizada, ordenada por el conocimiento, encausada por la voluntad en cierta dirección⁷⁵; dicha dirección está determinada no solo por la voluntad, sino por un proceso psicológico de aprendizaje como se planteó de manera previa influye de manera directa en la decisión del funcionario público, el cual por fines prácticos, dicha habitualidad se manifiesta a través de la adopción de rutinas; y prácticas administrativas las cuales están ligadas con la realización de fines del Estado.

Sin embargo, no todos los comportamientos habituales, son dirigidos por la razón, porque existen comportamientos que carecen de razonamiento alguno, ejemplo de lo anterior es la rutina, la cual tiene características particulares que se analizarán en su momento; no obstante el hecho que esta actividad carezca de razonamiento alguno, no le resta importancia dentro del análisis de los diferentes comportamientos habituales de la administración.

⁷⁴ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 36. Manifiesta que el concepto de “hábito” utilizado para estos comportamientos es distinto por lo que literalmente expresa que: “No se trata, por tanto, del concepto de “hábito” empleado en sentido estricto para referirse a la herramienta psicológica que activa la automatización de conductas, sino del resultado de la aplicación de ese y otros mecanismos e instrumentos, como la memoria.”

⁷⁵ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*. S. Ed. S. E. Madrid, 1880. p. 369. El autor al referirse a la actividad habitual, lo hace de la siguiente forma: “la actividad habitual es la actividad organizada, mecanizada, educada por el conocimiento, encausada por la voluntad en una cierta dirección, diferenciada o especificada para un orden determinado de sentimientos, de pensamientos, de resoluciones o de actos, y que sigue obrando conforme al impulso recibido aún mucho tiempo después que ha cesado éste”

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede negar que los actos de administración también poseen efectos jurídicos, los cuales pueden ocasionar sanciones administrativas a los funcionarios públicos⁷⁶, pero en general el derecho administrativo trata de regular la relación jurídica que posee con sus administrados, y sobre todo los efectos jurídicos de los actos administrativos que dicta que inciden de forma directa en la esfera jurídica de los administrados.

La ciencia de la administración, permite comprender que existen actos que no tienen precisamente una finalidad de crear efectos jurídicos, sino de facilitar el funcionamiento de la administración pública, mediante la adopción de un “hábito administrativo”, que tiene vinculación tanto en el ámbito interno como externo de su actividad.

A manera de conclusión, se determina que la ciencia de la administración estudia los efectos sobre la eficiencia de la actuación administrativa, mientras que el derecho administrativo se ocupa de extraer determinadas consecuencias jurídicas, a través de la aplicación de las diferentes garantías constitucionales, estos dos puntos de análisis, facilitan la comprensión de los motivos por los cuales existen actos reiterados de la administración que no pueden producir efectos jurídicos, y de la existencia de ciertos comportamientos, cuyos efectos jurídicos se concretizan en el llamado “precedente administrativo”.

⁷⁶ Vid. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho Administrativo. T. 2º...Ob Cit.*, p. 271. Analiza, las diferentes posturas de la doctrina con relación a considerar a los actos de administración como actos jurídicos y concluye de la siguiente manera: “Aunque los actos de administración agoten su eficacia en el ámbito interno de la Administración Pública, los efectos de tales actos, dentro de ese ámbito, también son jurídicos, porque es evidente que dentro de la esfera administrativa dichos actos producen consecuencias que caen bajo la acción del derecho. En este orden de ideas, bastará mencionar las sanciones disciplinarias de que pueden ser objeto los funcionarios o empleados que no cumplan con las instrucciones, circulares u órdenes de servicio, existentes.”

4.1. ¿Prácticas Administrativas o Práctica Administrativa?

Esta interrogante nace en el análisis de los actos de la administración, y de la forma en que ambos conceptos son utilizados en la doctrina de manera indiferente sin ninguna consideración especial sobre el contenido de cada uno de ellos; de ahí que la expresión de prácticas administrativas o práctica administrativa, conlleva a considerar ciertas características que son únicas, porque expresan una actividad diferente de la administración pública, vista desde perspectivas diferentes.

El primer concepto que se identifica es el de “prácticas administrativas”⁷⁷ que está relacionado con la organización y funcionamiento de la administración pública y no está vinculado con la interpretación del derecho, por tanto se refiere a un objeto de estudio de la ciencia de la administración; es por ello que se considera como un tipo de uso o una actividad habitual.

Este concepto por tanto expresa una reiteración de actos que la administración posee para desarrollar su actividad de forma continua; nótese que en la construcción conceptual de las “prácticas administrativas”, se relaciona a una pluralidad de actos que son previsibles para los servidores públicos, y no son percibidos por los administrados, porque estos usos son aceptados y reconocidos entre la administración y sus servidores como lineamientos de comportamiento, frente a situaciones eminentemente administrativas.⁷⁸

⁷⁷ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 36. “Las prácticas administrativas constituyen, por tanto, un tipo de uso o costumbre - o, en la terminología preferida, una *actividad habitual*- desarrollado en el seno de la Administración para ordenar y simplificar sus protocolos de actuación y su organización (...)”

⁷⁸ Vid. ILDARRAZ, Benigno; ZARZA MENZAQUE, Alberto R.; y VIALE, Claudio Martin. *Derecho Constitucional y Administrativo*. 2º Edición, Editorial Eudecor, Argentina, 2001., p. 353. “(...) las denominadas *prácticas administrativas*, son aquellos usos que se generan – formal o informalmente- la

Su finalidad es la creación de normas que buscan la eficacia interna de la actividad de la administración⁷⁹, de ahí que dentro de cada institución crea sus propias pautas operativas o políticas institucionales, las cuales tienen la finalidad de proporcionar al agente administrativo un instructivo sobre la forma de actuar frente a ciertas situaciones con los administrados.

Una característica importante es que las “prácticas administrativas”, al no estar relacionadas con la toma de decisiones, sino con lineamientos propios de una buena administración⁸⁰, no crean derechos ni obligaciones a personas que no pertenezcan a la organización administrativa, lo cual resulta de gran utilidad, cuando se compara esta figura con el precedente administrativo, que posee “ciertos efectos jurídicos ligados a la concreción de principios constitucionales que pueden afectar la esfera jurídica del administrado”.⁸¹

En contraste la “práctica administrativa” es definida como la reiteración en la aplicación de una norma,⁸² y de forma más clara el autor Manuel María Díez expone que: “La práctica administrativa son las reglas que se forman por la actuación de las autoridades administrativas mediante un ejercicio

propia administración en el desarrollo de su actividad, que se distingue de la costumbre porque no lleva ínsito la invocación de la vinculatoriedad.”

⁷⁹ Vid. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. T.1º. 5ª Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. Manifiesta que se sostiene que sólo constituye una actividad interna de la Administración, y no una producción espontánea de la vida social.

⁸⁰ Vid. GUEVARA QUINTANILLA, Miguel Antonio. *El Derecho a la Buena Administración*. S. Ed. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 2010., p. 79. El autor al hacer referencia de la importancia de los principios constitucionales para la administración pública, hace una relación con las prácticas y expone que: “Asimismo, junto a esos principios coexisten, con un grado de relevancia jurídica menor, una serie de reglas que inspiran o deben inspirar la actuación de servicio de la Administración y de sus empleados públicos para con los ciudadanos. Son las que se denominan reglas generales de la buena práctica administrativa y que se configuran como de común aplicación en las modernas Administraciones democráticas.”

⁸¹ Vid. OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª Edición, Editorial Porrúa. México. 1997., p. 107. “Es frecuente confundir a la costumbre con las prácticas administrativas, que son las reglas provenientes fundamentalmente de la técnica y que tienen un carácter constante y uniforme y que utilizan en su actuación los órganos administrativos (...)”

⁸² Vid. GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 13ª Edición, Editorial Civitas. Madrid, 2006, p. 78.

constante y uniforme, y son utilizadas en lo sucesivo para la acción de esas autoridades”.⁸³ Por consecuencia se refiere a la forma en que el funcionario público interpreta y entiende la ley⁸⁴; la razón de lo anterior es que la administración resuelve los casos al aplicar criterios y valoraciones posteriores similares, articulando de esta forma una cadena de actos que integran la denominada “*práctica*”.

Este concepto es el único de la ciencia de la administración que está relacionado especialmente con la jurisprudencia en el derecho español⁸⁵ y que es equiparable al precedente administrativo, de ahí que la STCE 73/1988, de 21 de abril, que señala que: “el tiempo de vigencia, origen o contenido de la práctica administrativa precedente no abonan la existencia de la infracción del art. 14 CE por el cambio de criterio en sede administrativa”.⁸⁶

La práctica administrativa está relacionada con el proceso de decisión de la administración pública, en la forma en que se ha aplicado la ley a casos concretos; de ahí que la reiteración de dicha aplicación está relacionada con el precedente administrativo⁸⁷ y la costumbre, al constituirse como un uso de

⁸³ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997., p. 123.

⁸⁴ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*” en *RAP*, Centro de Estudios Constitucionales, año VIII, N° 24, septiembre-diciembre, Madrid, 1957., p. 76. En su análisis entre la diferencia entre la costumbre y la práctica de la administración expone que “(...) al paso que por práctica administrativa burocrática se comprende esa forma de entender o interpretar las leyes y los reglamentos por parte de los funcionarios.”

⁸⁵ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 37. “La práctica administrativa es el único concepto propio de la ciencia de la administración que se comparte también con la jurisprudencia y que aparece incluso en documentos comunitarios”

⁸⁶ Vid. STCE 73/1988, de 21 de abril de 1988; Vid. STSEJ de Cantabria de 28 de abril de 1998.

⁸⁷ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo*, 1º Edición, S. E. S.F., p. 118. De manera clara, utiliza al precedente administrativo como sinónimo de la práctica administrativa. “Esto nos lleva a que el precedente administrativo, mejor dicho, la práctica reiterada de la Administración en la interpretación de una norma, no es vinculante para sí y menos para los tribunales.”; Vid. GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. 13, Editorial TECNOS, Madrid, 2002., p. 301.

la administración.⁸⁸ Sin embargo ha de advertirse que la reiteración no constituye un elemento indispensable del precedente administrativo.

En el análisis sobre su virtual carácter de precedente administrativo es descartado por las consideraciones del autor español Ramón Parada, al expresar que: “La práctica supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en 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”.⁸⁹

En consecuencia la repetición o reiteración de un criterio interpretativo de la ley, no es precedente, porque el precedente administrativo entendido en los términos anteriores, es la *forma de resolver* el caso, es decir, es su sentido positivo o negativo.

En ambos casos se establece un elemento común, que es la aplicación del derecho, y esa es la razón por la que un sector de la doctrina ha establecido que el precedente administrativo y la práctica administrativa son sinónimos,⁹⁰ pero el momento de ambas instituciones es diferente, mientras que la práctica se centra en la reiteración en el criterio de interpretación del derecho; el precedente está relacionada con el momento de la aplicación, y no se refiere a la interpretación, sino al sentido de la decisión; que en cuyo caso la interpretación sirve para determinar su legalidad, pero no para determinar su existencia.

⁸⁸ Vid. GRACIANO RAMOS, Juan y Et. al. *Cuerpo Auxiliar Administrativo*. Vol. 1, 2º Edición, Editorial MAD, España, 2003, p. 214.

⁸⁹ Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I...Ob Cit.*, p. 83. Al analizar el precedente y la práctica administrativa, advierte la problemática sobre el valor de cada uno dentro del derecho administrativo.

⁹⁰ Vid. MARTIN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 24ª Edición, Editorial Aranzadi S.A. España. 2005., p. 83. “la práctica administrativa no es fuente de derecho, sino que a lo más puede ser invocada para controlar conductas arbitrarias de la administración; por ello que se le obliga, cuando se aparta del precedente, a motivar sus actos para evitar un trato desigual a los ciudadanos (...)”

La “práctica administrativa”, así como las “prácticas administrativas” son comportamientos diferentes, que en la mayor o menor medida se relacionan con el precedente administrativo, por tanto la interrogante inicial deja de ser relevante porque son dos comportamientos diferentes con una denominación similar; de ahí que se logra hacer una diferenciación que consiste que las prácticas administrativas, no crean derechos para los administrados y son lineamientos con permanencia en el tiempo que la administración establece para que el agente administrativo actúe frente a una situación previamente establecida.

En cambio la práctica administrativa, es la línea sucesiva de actos que la administración posee en la aplicación de una norma jurídica en el tiempo, la cual no resuelve un caso concreto, sino que se limita a estandarizar la aplicación de la ley por parte de la administración, para lograr una eficacia administrativa, cuyo estudio le corresponde a la ciencia de la administración, mientras que el precedente administrativo su estudio se hace a través del derecho administrativo.⁹¹

4.2. La Costumbre Administrativa.

El sistema de legalidad de la administración pública, requiere que exista una ley formal o material que delimite el comportamiento del Estado con anterioridad, sin embargo esta tesis positivista no puede negar la importancia en la realidad jurídica del uso de la costumbre como una fuente del derecho. El autor Eduardo García Máynez, expresa que la costumbre es

⁹¹ Vid. MARÍA DÍEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997, p. 123. “La práctica administrativa son las reglas que se forma por la actuación de las autoridades administrativas mediante un ejercicio constante y uniforme y son utilizadas en lo sucesivo para la acción de esas autoridades.”

“un uso implantado en la colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente”⁹²

De lo anterior, desprenden dos elementos esenciales de la costumbre que son: El uso o comportamiento reiterado uniforme; y la convicción de su obligatoriedad jurídica; que para el autor Juan Carlos Cassagne, considera como elemento objetivo al uso reiterado o el “*usus*” y como elemento subjetivo a la convicción de obligatoriedad o la “*opinio iuris vel necessitatis*”.⁹³

La costumbre es una norma jurídica, que no resulta de una manifestación de voluntad, sino de un simple comportamiento uniforme y constante, practicado con la convicción de que ese comportamiento corresponde a una obligación jurídica;⁹⁴ siendo la costumbre una norma, ésta es de carácter consuetudinaria, porque no es escrita y no es dictada por el órgano legislativo,⁹⁵ pero posee relevancia jurídica cuando de manera expresa la ley se remite a ella, y es considerada de modo general como una fuente supletoria o subsidiaria del derecho administrativo;⁹⁶ no obstante se

⁹² Vid. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Vigésima tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1974, pp. 61 - 62. Al hacer su estudio sobre la costumbre como fuente de derecho, hace la manifestación que aunque no posee materialidad como una ley, esta constituye una norma de carácter consuetudinario.

⁹³ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Reimpresión de la Sexta Edición Actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 169. “Dos son, por lo tanto, los elementos que integran la costumbre: el primero de carácter objetivo: el *usus*, o sea, el comportamiento constante y uniforme; el segundo, de carácter subjetivo, consistente en la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio (*opinio iuris vel necessitatis*)”

⁹⁴ Vid. RIZO OYANGUREN, Armando. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. 1º Edición, Editorial UNAN, Nicaragua, 1992., p. 53.

⁹⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo... Ob Cit.* p. 115. “La costumbre es un derecho consuetudinario que no ha sido dictado por el legislador estatal, mas tiene cierto vigor y está constituido por un conjunto de reglas jurídicas tradicionales que se vienen repitiendo arraigadas en la conciencia de quienes las observan o cumplen esas normas.” Vid. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995., p. 214.

⁹⁶ Vid. RAMON PARADA. *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*. Marcial Pons. Madrid. 2008. p. 67. “Su aceptación como fuente del Derecho administrativo está avalada, además, por la circunstancia de que la propia legislación administrativa invoca la costumbre”; Vid. MARTIN MATEO, Ramón... *Ob cit.* p. 82.

acepta la tesis que no es una fuente propiamente de derecho, sino que es la misma ley la verdadera fuente, al remitirse a ella.⁹⁷

Dentro de la calificación de las fuentes de derecho, se encuentra dentro de las fuentes no escritas⁹⁸; por lo tanto el origen de sus efectos jurídicos está relacionado a su remisión legal; puesto que en la actualidad se reconoce el carácter de fuente subsidiaria del ordenamiento jurídico administrativo, por tanto está subordinada a la legalidad de la administración, es decir no nace realmente solo de una convicción de los administrados y la administración, sino que es una remisión legal que el ordenamiento jurídico hace.

El aceptar que una norma consuetudinaria sea productora de derechos y obligaciones para la administración pública debe de contener tres elementos esenciales, los cuales son: la reiteración constante, el convencimiento de su obligatoriedad y sobre todo una remisión expresa de la ley, este último elemento es necesario para no pasar por alto el principio de legalidad de la administración.

Al relacionar el elemento de reiteración de acciones, es común que en ocasiones se le confunda conceptualmente con la práctica administrativa,⁹⁹ pero por su esencia, es fácil distinguirla, en tanto la costumbre, nace de la

⁹⁷ Vid. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. 1º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012., p. 119. Citándolo literalmente expresa que: “A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, la misma carece de todo valor como fuente de derecho administrativo; lo que no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, la misma sea válida: pero ello surge de la ley misma y no de la costumbre.”

⁹⁸ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I...Ob Cit.*, p. 122. “la costumbre es una fuente no escrita que no resulta de una expresa manifestación de voluntad de la colectividad organizada, sino de un comportamiento uniforme y constante practicado con la convicción de que responde a una obligación jurídica.”

⁹⁹ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 72. “En el mismo sentido, con respecto al Derecho italiano afirma PIGA que la práctica administrativa- entendida como la sucesión de actos precedentes- suele conectarse con el Derecho consuetudinario”

relación entre el administrado y la administración, bajo la autorización de una ley; la práctica administrativa, está relacionada con aplicación reiterada de una norma, además la práctica es un uso de la administración y se distingue de la costumbre en que esta no tiene la convicción del elemento psicológico de su obligatoriedad¹⁰⁰; constituye un comportamiento de la administración cuyo origen se encuentra en la necesidad de una aplicación eficaz de las normas jurídicas en casos reales.

En El Salvador, dentro de su ordenamiento jurídico con especial referencia al derecho civil, el art. 2 del CCS¹⁰¹ establece la regla general en la que la costumbre solo es fuente de derecho cuando exista una remisión expresa a ella; ésta es una manifestación clara del principio de legalidad, el cual se retoma con un carácter imperativo en el derecho administrativo.

De la misma forma en materia de comercio el Art. 1 C.Com.¹⁰², preceptúa que en defecto de leyes mercantiles se regirán por los usos y costumbres y a falta de éstos por las normas del CCS; ahora bien en materia laboral el Código de trabajo en su art. 24 lit. e) expone que será fuente de derecho la costumbre de la empresa.¹⁰³

¹⁰⁰ Vid. GRACIANO RAMOS, Juan y Et. al. *Cuero Auxiliar Administrativo...Ob Cit.*, p. 214. “Diferente a la costumbre es la práctica administrativa, conceptuada como el uso de la administración, es decir, la forma constante y uniforme de la actuación de los órganos administrativos. Se distingue de la costumbre, en que no tiene convicción de su vinculatoriedad, sino que se trata simplemente de un uso.”; Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I...Ob Cit.*, p. 123. “En la práctica aparece uno de los elementos de la costumbre, constituido por la repetición, durante un largo periodo, de una manera de obrar constante y uniforme en el tratamiento de una relación jurídica. Se distingue de la costumbre en que le falta el elemento psicológico, es decir su condición de su obligatoriedad jurídica.”

¹⁰¹ Vid. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.L. N° 634, del 15 de abril de 1952, publicado en el D.O. N° 77, Tomo 155, del 25 de abril de 1952. “Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”

¹⁰² Vid. CÓDIGO DE COMERCIO. D.L. N° 671, del 8 de mayo de 1970, publicado en el D.O. N° 140. Tomo 228, publicado el 31 de julio de 1970.

¹⁰³ Vid. CÓDIGO DE TRABAJO. D.L. N°. 15. De fecha del 23 junio del año 1972. Publicado en el D.O. N° 142, tomo 236, con fecha del 31 de julio del año 1972.

El derecho administrativo no deja de estar influenciado por esta reminiscencia a la costumbre como fuente subsidiaria de derecho; y se hace presente en el art. 5 de la LOAC¹⁰⁴, en la cual se considera a la costumbre como una fuente supletoria de derecho; y en caso, que no se encuentre regulación expresa en las demás fuentes (ley, tratados internacionales), se resolverá a través de la aplicación de la costumbre; de esta forma se observa la relevancia jurídica de esta figura perteneciente al estudio del derecho administrativo.

Al analizar los efectos jurídicos de la costumbre, se ha establecido una clasificación de la misma, tomando en cuenta, la relación que ésta posee con la ley, por lo que se tiene:

a) Costumbre *secundum legem*; cuando la ley hace referencia a ella o cuando la costumbre está de acuerdo con sus normas, en otras palabras este tipo de costumbre está limitada a la interpretación de la ley de una forma determinada; este tipo de costumbre es la que está relacionada con el precedente administrativo y con la práctica administrativa; se establece que si tanto el CCE¹⁰⁵ como el CCS no reconoce este tipo de costumbre; su silencio no sinónimo de aceptación. De ahí se deduce que la práctica administrativa en la interpretación de una norma no es vinculante por sí sola, sino que interviene la aplicación de principios constitucionales.

b) Costumbre *praeter legem*; también denominada “supletoria”, es la que se refiere a materias no reguladas por las leyes; en este tipo de

¹⁰⁴ Vid. LEY ORGANICA DE AVIACIÓN CIVIL. D.L. N° 582 de fecha 18 de octubre del 2001. Publicado en el D.O. N° 198, T. 353 el 19 de octubre del 2001. “Art.5. El régimen administrativo de la presente ley, sus reglamentos, regulaciones y tratados internacionales vigentes sobre la materia en la República de El Salvador, será ejercido por la AAC, la cual velará por el efectivo cumplimiento de estos instrumentos; y, los casos no previstos deberán resolverse de conformidad con los principios del derecho común, y a falta de éstos por **los usos y costumbres de la actividad de la aviación civil** y por la doctrina legal (...)” el texto en negrita es agregado para efectos de fácil visualización, y no se encuentra en el texto original.

¹⁰⁵ Nota: Abreviatura de Código Civil Español.

costumbre se debe hacer una distinción entre la engendrada por la administración y por los particulares; porque la primera se refiere a la práctica administrativa y la segunda a las relaciones privadas de los particulares. Este tipo de costumbre es la que está relacionada con las fuentes del derecho, ya que en caso que no exista ley alguna, la costumbre puede suplir la falta de la misma.

c) Costumbre *contra legem*, también denominada “abrogatoria”¹⁰⁶ se configura cuando se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo; este tipo de costumbre no es costumbre y además es violatoria del principio de legalidad administrativa¹⁰⁷ de ahí que en El Salvador en la Ley de protección al Consumidor en su art. 5 Inc. 1º literalmente expone que: “Los derechos que esta ley reconoce a los consumidores son irrenunciables anticipadamente y contra su observancia *no podrán alegarse costumbres, usos o prácticas, convenios o estipulaciones en contrario*”¹⁰⁸, por tanto este tipo de costumbre contra ley no posee aplicación.

Se establece que la costumbre es considerada como una fuente de derecho supletorio, solo cuando la ley hace referencia a ella, la razón es sencilla, por el principio de legalidad de la administración pública, la costumbre al no ser una norma escrita y formal carece de obligatoriedad para la administración pública, es por ello que junto a la afirmación antes hecha se complementa, al establecer que la costumbre no es una fuente directa en el derecho administrativo, pero configura un comportamiento de la

¹⁰⁶ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 122. “(...) la costumbre *contra legem*, llamada también abrogativa o abrogatoria porque trata de eliminar la eficacia de una ley (...)”

¹⁰⁷ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes... Ob cit.* p. 117, Además vid. FIORINI Bartolomé. *Derecho Administrativo.* T. I, 2ª Edición, Abeledo-Perrot .Buenos Aires, 1995. P. 70.

¹⁰⁸ Vid. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. D.L. N° 776 de fecha 31 de agosto del 2005, publicado en el D.O. N° 166, T. 368 el 8 de septiembre del 2009. El texto que aparece en cursiva no forma parte del texto original.

administración pública, que en situaciones determinadas se le otorga la calidad de fuente supletoria del derecho administrativo.

4.3. Una aproximación al Precedente Administrativo.

El precedente administrativo, es un comportamiento de la administración, cuyo análisis es exclusivo del ámbito del derecho administrativo por los efectos jurídicos que puede producir, de entre los cuales el más importante es la virtual vinculación que posee frente a la administración pública; de respetar el precedente creado por la misma administración pública frente a los administrados, por ser una manifestación directa de la aplicación de principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad.

Son pocos los estudios especializados que se han realizado con relación al precedente administrativo¹⁰⁹; sin embargo, no se deja de lado la importancia de esta figura en el derecho administrativo actual; por lo que a través de los postulados doctrinarios existentes y con auxilio de la jurisprudencia, se hace la construcción del precedente administrativo.

El análisis parte del estudio etimológico de la palabra precedente que proviene del latín *praecedens-entis*, que es el pretérito participio de *praecedere*, que significa: primeramente, algo que es anterior o primero en orden;¹¹⁰ esta definición se expone la esencia de la figura, que es la preeminencia de un acto - sea administrativo o de administración- por ser

¹⁰⁹ Nota: En cuestión, los estudios citados por excelencia son los realizados José Ortiz Díaz y Luis M. Díez-Picazo; ambos estudios publicados en la *Revista de Derecho Público*, vid. Número 24 de 1957 y número 98 de 1982, del centro de estudios constitucionales de Madrid; ambos estudios presentan un intento de establecer los fundamentos del precedente administrativo, pero es en la actualidad el trabajo de la Doctora Silvia Díez Sastre, quien ha profundizado sobre la materia y presenta una visión amplia del precedente administrativo, desde el derecho español y el derecho comunitario.

¹¹⁰ Vid. CARPIZO, JORGE y ETAL. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo VII. México. 1984, P. 161.

anterior a otro, sirviendo de parámetro de comparación con los posteriores; de ahí que todos los comportamientos habituales ya analizados poseen este componente temporal, pero es el precedente administrativo, al cual se le presta la total atención, por su carácter vinculante de la administración.

El uso de la palabra "precedente" en el lenguaje jurídico se encuentra estrechamente relacionado con su significado en el lenguaje común, el cual lo define como: "lo que es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos"¹¹¹; de ahí entendemos que si existe una acción cualquiera y luego se repite, el precedente de ambas es la primera realizada en el orden de aparición, esta definición se aplica a diversas áreas no jurídicas, que pretende establecer el orden de aparición de las acciones.

En un sentido amplio es sinónimo de "antecedente", que puede ser una ocurrencia anterior de un hecho similar y designa un hecho o circunstancia relacionado de alguna manera relevante con un hecho presente; en un sentido más limitado "precedente" señala una instancia o acción que constituye parte de una práctica ya iniciada o, bien un modelo o patrón de una práctica subsecuente.

Las definiciones anteriores exponen el sentido general del precedente administrativo, pero se deben de considerar al margen del verdadero fenómeno jurídico administrativo; porque de no ser así, se puede crear la convicción que al hablar de precedente administrativo se hace referencia a todos los actos anteriores de la administración; este razonamiento es erróneo, porque la jurisprudencia ha establecido requisitos especiales para considerar a un acto administrativo como un verdadero precedente administrativo.

¹¹¹ Vid. GISPERT, Carlos (director). *Océano Uno, Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Grupo Editorial Océano. Madrid. 1991. La definición acá expuesta está libre de cualquier valoración jurídica sobre el fenómeno en estudio.

La SCAS en su sentencia del 15 de noviembre del 2004, del proceso con ref. 288-A-2003, expone que: “(...) el deber del funcionario o la Administración Tributaria en este caso, de razonar todos los actos dictados que se separen del criterio seguido en actuaciones anteriores, lo que en doctrina se ha denominado el ***precedente administrativo*** (...) En tal sentido, cuando exista una completa similitud en los sujetos y en las circunstancias objetivas de casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente sea el mismo en ambas situaciones (...)”¹¹²

En una definición jurídica, para Manuel Ossorio, el precedente es “una resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece”¹¹³; el alcance del concepto es amplio porque al establecer, que el precedente es una resolución similar, lo hace sin distinción alguna, por lo que es válido su aplicación tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.

Esta definición expone la idea, que la resolución anterior puede ser invocada teniendo así un efecto vinculante que nace a raíz de la existencia de una resolución favorable con anterioridad, en casos semejantes al caso en donde se invoca la aplicación del precedente, cuya interpretación puede considerar al precedente administrativo como una fuente de derecho.

Esta primera aproximación jurídica del precedente, obliga a considerar al autor Villar Palarsi, quién expone que el precedente, entendido desde una concepción amplia es “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso

¹¹² Vid. SSCAS del proceso con ref.288-A-2003, del 15/11/2004. Se hace la aclaración que el texto que aparece en negrita y cursiva no aparece en el texto original. Adicionalmente la jurisprudencia también brinda los elementos que la conforman, pero sin llegar a concretar una definición propia del fenómeno del precedente administrativo.

¹¹³ Vid. MANUEL OSSORIO. *Diccionario de Ciencias Jurídicas...Ob Cit.* La definición que brinda Osorio se acerca más a la concepción de un derecho de los administrados, al exponer que es invocado para aquel que lo favorece, sin embargo aunque el precedente pueda ser en sentido favorable, también puede ser en sentido desfavorable, en consecuencia la definición de Osorio se limita a aquellas actuaciones favorables para quien lo alega.

similar”¹¹⁴; resulta interesante como se relaciona con la función decisoria, que no solo se limita al ámbito administrativo, sino que amplía al ámbito jurisdiccional; pero sin perjuicio de lo anterior lo más importante de esta definición, se encuentra en establecer que el precedente es aplicado en situaciones similares; los criterios para establecer una similitud, se tendrán que analizar tomando en cuenta factores fácticos, objetivos, subjetivos, materiales y formales, lo que limita al precedente a ciertos lineamientos que se configuran como requisitos.

Dentro de las diversas definiciones que se le han brindado al precedente administrativo, destaca la proporcionada por el autor José María Díez- Picazo, quien definió al precedente administrativo como: “aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”¹¹⁵

En esta definición, la simple actuación pasada y la similitud con las actuaciones presentes, son los únicos requisitos para tal condicionamiento; el autor utiliza la palabra “condiciona” y no “vincula”, lo que tiene como consecuencias que los actos pasados y futuros de la administración tienen una relación de dependencia y no de obligatoriedad; al mismo tiempo al no determinar el tipo de “actuaciones” a la que se refiere el precedente, puede a los actos administrativos o actos de administración; por tanto la interpretación de lo que constituye el precedente, se vuelve confusa puede relacionarse

¹¹⁴ Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1968., p. 526. Relaciona al precedente con la función decisoria de la administración pública, sin embargo el uso de la palabra “similar” has de entenderse en similitudes sobre igualdad o sobre desigualdades, puesto que el examen que se hace a un precedente para que sea utilizado, debe de superar ciertas fases entre las cuales se encuentra el examen de igualdad, que sin él no puede pretender la aplicación de un precedente a un caso concreto.

¹¹⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 98, mayo-agosto, Madrid, 1982. p. 7. la definición brindada por el autor pretende establecer el nexo entre las actuaciones pasadas con las presentes, en la medida que estas poseen similitudes determinables y determinantes entre ellas.

con conceptos, como lo son las prácticas administrativas y práctica administrativa, la costumbres, la rutina administrativa, etc.; por ser también estas actuaciones de la administración, en consecuencia esta definición es demasiado extensa, para determinar con exactitud al precedente administrativo en la actualidad.

Existe una variación en la definición brindada por el autor José Ortiz Díaz, quien estableció como precedente administrativo como: “la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el administrador ante supuestos idénticos, excepto los casos en que razones de oportunidad y conveniencia derivadas de la valoración del interés público exigen trato de desigualdad de los administrados ante la Administración”.¹¹⁶

Esta definición es mucho más completa, al establecer un número determinado para considerar al precedente administrativo. ¿Cómo se llega a formar un precedente? La reiteración es necesaria, pero no es condicionante de su efectividad; pero si no se repite la forma de resolver una situación determinada, se puede deducir que se ha cambiado un precedente, por tanto no es vinculante; sin embargo se hace énfasis que para que exista un precedente se necesita de la concurrencia de un solo acto y no de muchos.

El autor Juan Carlos Morón, ha abonado al amplio desarrollo de la doctrina del precedente administrativo al exponer que: “El precedente administrativo es aquel acto administrativo firme que dictado para un caso concreto, pero que, por su contenido, tiene aptitud para condicionar las

¹¹⁶ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “El Precedente Administrativo”...*Ob Cit.* p. 102. El precedente administrativo en los términos que lo analiza el autor, expone de forma indudable que constituye una “norma”, en consecuencia esta norma crea un imperativo de cumplimiento de la administración pública, sin embargo esta norma, para el autor no determina si vincula a resolver conforme al precedente o si vincula en relación a la argumentación jurídica en la aplicación del derecho; pero es una de las definiciones que comprende muchos aspectos sobre los requisitos de la aplicación del precedente administrativo.

resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiéndoles seguir su contenido similar para casos similares”¹¹⁷; al autor expone un esquema del precedente administrativo, delimitando su alcance y aplicación al expresar que solo es vinculante hacia la misma entidad que lo dicto, es decir en la misma instancia administrativa, creando el llamado *autoprecedente*¹¹⁸; y que su aplicación es a futuro.

Al establecer que tiene “aptitud para condicionar”, la interrogante nace al preguntar ¿Qué condiciona? Más bien, parece hacer referencia a una vinculación más que a un condicionamiento; el condicionar una resolución, presenta una idea que al no cumplir esa condición puede impugnarse el acto de antijurídico o ilegal, por tanto pretender una nulidad del acto; esa idea no resulta extraña al contenido del precedente, pero la condición no siempre es cumplida, por la facultad de la administración de separarse de su precedente, siempre y cuando existan elementos necesarios como una motivación suficiente del acto.

Para los Españoles Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Miguel Ángel sundín García, consideran al precedente administrativo como: “la forma reiterada en que la Administración pública aplica una norma a la realidad”¹¹⁹;

¹¹⁷ Vid. MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo General” en la Revista Gaceta Jurídica 3ª Edición. Lima. 2004., p. 96. Su definición de precedente administrativo, comprende tanto los efectos de su aplicación, es decir la condición que exige a la administración; pero al exponer que exige seguir su contenido similar en casos similares, el autor no determina si se trata de su fundamentación o el sentido de resolución, es decir si es positiva o negativa a la pretensión del administrado.

¹¹⁸ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*. USAID, Talleres Gráficos UCA, 1ª Edición, El Salvador, 2011., p. 135. El autor expone que: “el concepto de autoprecedente, el cual es la decisión judicial originada por el mismo Tribunal, que lo obliga a someterse a sus propias decisiones.” El auto precedente está relacionado con el precedente judicial, sin embargo es aplicable en el ámbito administrativo, pero ha de diferenciarse con relación a la naturaleza del órgano que lo crea, es decir si es administrativo o judicial.

¹¹⁹ Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?” en AAVV, *El Acto Administrativo como Fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. S. Ed. 2009. p.407. “(...) el precedente administrativo vincula a la propia Administración pública en caso de existir dudas o lagunas en la aplicación de la norma. Su funcionalidad se centra en las actuaciones administrativas de

la aplicación reiterada de una norma supone que la norma jurídica, puede aplicarse de diversas formas igualmente válidas, por lo que se estaría limitando el precedente administrativo al ejercicio de las facultades discrecionales; si la ley tuviese un único criterio permitido, no se estaría frente a un precedente administrativo, sino a una simple aplicación de una facultad reglada, la cual solo admite una sola solución válida, por tanto está relacionada estrechamente con el principio de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley.

También en la jurisprudencia del TSE en su sentencia del 6 de mayo de 1943, ha desarrollado un concepto jurisprudencial del precedente administrativo entendiéndolo como “un criterio mantenido por los órganos administrativos en un caso concreto”¹²⁰; nótese como esta definición, hace énfasis en un criterio mantenido y no en uno reiterado, por lo que se establece, que no necesita de una reiteración constante el precedente administrativo;

De la misma forma, en la sentencia del 4 de julio de 1969, ha establecido de manera muy particular que el precedente puede llegar a ser un principio jurídico derivado o ligado al de igualdad al exponer el TS que: “El precedente Administrativo constituye un principio jurídico que se proyecta cuando la administración obra dentro de sus facultades discrecionales y que tiene su razón de ser en el otro principio jurídico de igualdad”.¹²¹

carácter discrecional” sin embargo, para los autores el precedente administrativo crea una norma, pero no determinan si es una norma condicionante, vinculante u obligatoria, de ahí que por una parte puede crearse la convicción que crea una fuente de derecho; pero al mismo tiempo, parece que se está relacionando más a los criterios de interpretación del derecho, que a la forma de resolver un caso concreto.

¹²⁰ Vid. *STSE de 6 de mayo de 1943*. Esta definición corresponde a diferenciar entre criterio mantenido a reiterado, la que se establece que el precedente administrativo, encuentra su razón de ser no en la reiteración sino en el criterio que se aplica de manera habitual.

¹²¹ Vid. *STSE de 4 de julio de 1969*. Es particular este pronunciamiento, porque establece al precedente administrativo como un principio jurídico.

En el derecho Salvadoreño, la Sala de lo Constitucional, en la sentencia definitiva del 30 de noviembre del 2001, ref. 245-2000, considera al precedente administrativo de manera general como: “aquella actuación de la Administración que de algún modo, vincula en lo sucesivo sus actuaciones, en cuanto a fundamentar sus resoluciones en contenidos similares para casos semejantes”.¹²²

La vinculación del precedente está sustentada en el principio de igualdad; este criterio es compartido de igual forma por la Sala de lo contencioso Administrativo, pero hace énfasis en que el precedente administrativo puede ser fácilmente modificado por la adopción de un nuevo criterio siempre y cuando exista una justificación de las razones objetivas, dándole la calidad al precedente administrativo de técnica de comparación entre dos actos de la administración pública.

Así la SSCAS del 6 de octubre del 2008, ref. 311-M-2004, expone que: “(...) cuando exista una completa similitud en los sujetos y en las circunstancias objetivas de casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente sea el mismo en ambas situaciones. Sin embargo, si la Administración decide efectuar un cambio de criterio respecto del mantenido en resoluciones anteriores, debe razonar la justificación para modificarlo, es decir, poner de manifiesto las razones objetivas que la han llevado a actuar de forma distinta y a desechar el criterio sostenido hasta entonces, debido a la trascendencia de derechos y principios constitucionales que pueden verse conculcados”¹²³

¹²² Vid. SSCNS del proceso ref. 245-2000, del 30/11/2001.; además Vid. SSCNS del proceso ref. 367-2005 del 20/02/2007. La sala se limita a reconocer de cierta forma algún efecto jurídico de la aplicación del precedente, la cual consiste en la vinculación a la administración pública; estableciendo de forma clara que lo vincula a su fundamento, y no necesariamente lo vincula a resolver conforme a su precedente.

¹²³ Vid. SSCAS del proceso ref. 311-M-2004 del 06/10/2008. Esta Sentencia de la Sala, expone que cuando dos circunstancias objetivas posean similitud, el criterio ha de ser el mismo en ambas, pero con esto no determina si se trata de un criterio interpretativo o un criterio aplicativo, por lo tanto, por una

El precedente administrativo tiene una concepción dual en la que contrasta el ámbito estrictamente jurisdiccional y otra eminentemente administrativo; la primera desde el ámbito jurisdiccional; hace énfasis que el precedente administrativo es una técnica de control de la discrecionalidad¹²⁴ o de comparación¹²⁵ entre uno o varios actos de la administración pública, de los cuales a raíz del cumplimiento de ciertos criterios legales, estos pueden generar efectos de naturaleza argumentativa y que obliga al razonamiento de la administración de motivar el por qué no se actúa como se había hecho anteriormente.¹²⁶

Y la otra desde el ámbito el administrativo; la cual posee una connotación mucho más funcional y expone que el precedente administrativo es el fundamento a la actuación presente de la administración, a acciones pasadas como una forma de referencia, todo sin desplegar efectos jurídicos, sino como una forma de eficacia en la actuación de la administración ante el planteamiento de supuestos semejantes, de los cuales la administración ha conocido anteriormente, y que le sirven para evitar un desgaste innecesario de los recursos de la administración pública.

parte se puede llegar a pensar que le precedente obliga a resolver conforme a la resolución anterior, pero por otra se llega a la conclusión es que solamente obliga a cambiar la argumentación jurídica, cuando se pretenda separar de dicho criterio precedente; esta problemática ha de ventilarse mediante los recursos administrativos y judiciales para que sea la misma construcción jurisprudencial la que determine el alcance del precedente en la actualidad.

¹²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit. p.43.* “La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se *autolimita* en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones”.

¹²⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia*...*Ob cit. p. 39.* Al referirse al precedente administrativo establece que: “Se configura en una técnica de comparación entre uno o varios actos anteriores y otro presente que juega un rol trascendental en el ordenamiento jurídico, como garantía del respeto de una serie de principios generales del Derecho establecidos en la Constitución”.

¹²⁶ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*... *Ob Cit. p. 66.* La autora expone que el precedente administrativo, juega un papel de garantía de los principios generales del derecho, consagrados en la Constitución.

Al analizar al precedente administrativo, al ser considerado como técnica de comparación o como una forma de vinculación a la administración, existe la idea que el apartarse del precedente administrativo, es una muestra de arbitrariedad de la administración y trato discriminatorio¹²⁷; por tanto al ser el precedente una manifestación concreta de la aplicación del principio de igualdad, junto con otros principios como la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad; el apartarse del mismo puede conllevar a ciertas obligaciones a la administración pública, de naturaleza argumentativa, en el ejercicio de facultades generalmente discrecionales.

Para que un precedente administrativo, pueda ser considerado vinculante a la administración pública, preliminarmente se afirma que se deben de cumplir ciertos requisitos como: una identidad subjetiva, identidad objetiva; requisitos que en los siguientes capítulos se hará un análisis mucho más extenso; los cuales la administración puede desecharlos cuando exista una motivación y justificación capaces de sustentarse en los principios constitucionales.

Se considera en la doctrina¹²⁸ como en la jurisprudencia de la SCAS¹²⁹ que el no justificar ni motivar, el apartarse del precedente administrativo, conlleva a una incertidumbre de los administrados frente a las decisiones de

¹²⁷ Vid. GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I. Ob cit.* p. 72; también Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia... Ob cit.* p. 39. “Ahora bien, es de plantearse la vinculatoriedad u obligatoriedad jurídica de tales prácticas o precedentes administrativos. A tal efecto, es de mencionar, que de alguna manera, la Administración de forma relativa queda sujeta a su precedente, dado que el apartarse de él, en un caso similar, implicaría una actuación arbitraria y discriminatoria”

¹²⁸ Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I... Ob Cit.*, p. 132. “La motivación consiste en una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Pero su brevedad no supone que pueda ser cumplida con cualquier formulismo. La motivación ha de ser suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión, sin que valgan las falsas motivaciones, las fórmulas *passé-partout*, o comodines, que valen para cualquier supuesto y que nada o muy poco justifican o explican sobre la decisión del acto en el que se insertan (...)”

¹²⁹ Vid. SSCAS ref. 8-CH-92, del 27/02/1998. “La motivación consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto (...) Lo anterior implica, que de no existir una resolución formal en estos términos, nos encontraríamos también ante otro motivo de ilegalidad, ya que la motivación es un elemento del acto que como tal condiciona su validez.”

la administración, en el mismo sentido el TSE se ha pronunciado que la motivación es un elemento formal del acto¹³⁰; entonces el fundamento de la utilización del precedente administrativo viene dado principalmente por el principio de igualdad, relacionado estrechamente con el de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad, que tienen un carácter imperativo para la administración pública, por estar expresamente reconocidos en la Constitución y por constituir los límites de la actuación del Estado.

Con las referencias previas de la doctrina y de la jurisprudencia, se puede hacer una construcción de lo que se entiende como precedente administrativo, teniéndose así que el precedente administrativo para la presente investigación es *aquel acto administrativo firme dictado en un caso concreto, que vincula al órgano que lo emitió a mantener el criterio decisorio, y fundamentar sus actos posteriores en casos similares, excepto cuando este sea ilegal o esté suficientemente motivado y fundamentado conforme a los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad.*¹³¹

5. LA HABITUALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN?

En este apartado, se analiza la actividad de la administración pública, al momento de enfrentarse situaciones concretas con los administrados, tomando como principal punto de análisis la habitualidad administrativa y la

¹³⁰ Vid. STSE del 24 de enero de 1985, expresó que: “Independientemente de que la motivación del acto administrativo cumpla otras funciones -en el orden interno, el aseguramiento del rigor en la formación de la voluntad de la Administración-, como elemento formal aspira a que el administrado pueda conocer claramente el fundamento de la decisión administrativa, para poder impugnarla criticando sus bases y a que el órgano que decide los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud, examinando con todos los datos si el acto se ajusta o no a Derecho”

¹³¹ Nota: En este punto se brinda una definición de precedente administrativo, que servirá de base para entender todos los elementos que configuran a dicho institución; sin embargo se hace la advertencia que el contraste de lo que es el precedente administrativo en el Salvador, estará determinado por el análisis desarrollado en los capítulos siguientes.

forma en que se relaciona con la adopción de una decisión en casos concretos, desde una crítica positiva o negativa, en la decisión del ente administrativo.

Comportamiento habitual o habitualidad es una forma de denominar a los actos de la administración pública, los cuales se caracterizan por la existencia de una reiteración, o por la permanencia en el tiempo de cierto criterio interpretativo, aplicativo o argumentativo programado con anterioridad; que tiene para el desarrollo de la actividad normal de la administración, sin entrar en un desgaste incensario.¹³²

Existe un fenómeno negativo que acarrea esta uniformidad de comportamientos a causa de habitualidad; el cual es el desapego al caso concreto por parte de la administración;¹³³ consecuencia lógica de la reiteración de acciones y juicios de valor pre-programados, mediante la adopción de una práctica o un precedente administrativo.

Si bien configura una herramienta de la administración, para realizar cualquier decisión de manera mucho más práctica y sin desgastes innecesarios de recursos del Estado; puede también convertirse en un obstáculo para la eficacia material y jurídica de las decisiones de la administración, por carecer de un juicio de valor del hecho concreto, de una realidad compleja y única a la cual la solución correcta, es la que se adecua a cada aspecto objetivo y subjetivo que lo envuelve.

¹³² Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2004. El autor expone la importancia de los hábitos y expone que: “Como seres humanos, somos criaturas de hábitos. La vida es suficientemente compleja; no necesitamos considerar toda la gama de opciones para los cientos de decisiones que tenemos que tomar todos los días. Para manejar esta complejidad, todos confiamos en hábitos o respuestas programados.”

¹³³ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 38. “la crítica fundamental al desarrollo de la actividad habitual concretada en la práctica administrativa se centra en el alejamiento del caso concreto. Este reproche se ha erigido en eje de las críticas vertidas sobre el comportamiento burocrático.”

Puede ocurrir, que al aplicar indiscriminadamente un criterio preestablecido o programado, se deje de lado el análisis de las particularidades y singularidades de cada caso, que aunque parezca igual a otro, puede tener elementos diferentes, que el solo hecho de resolver esa situación sin meditar en cada aspecto, afectaría la esfera jurídica del administrado, y se configuraría una injusticia derivada de una incorrecta aplicación de la ley, creando que sus acciones sean consideradas como arbitrarias y carentes de toda legitimación jurídica, esa es la razón por la que se debe de analizar los elementos que contribuyan a la racionalidad de los actos administrativos.¹³⁴

Por otra parte, dejando de lado la crítica negativa; la generalización de comportamientos también es una forma de garantizar la imparcialidad de las resoluciones de la administración pública; porque con ello se evita que existan actos contradictorios entre sí, contribuyendo al desarrollo de una seguridad jurídica para los administrados; pero el exceso de esta generalidad, puede provocar que la administración cree actos que sean incoherentes y faltos de lógica y razonamiento jurídico.

¿Es una solución o es un problema el adoptar comportamientos habituales en la actividad cotidiana de la administración pública? No es fácil establecer una respuesta concreta que asuma una única posición; en primer lugar, por sus efectos beneficiosos para lograr esa efectividad de las funciones administrativas.¹³⁵

¹³⁴ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 43. “En los procesos de toma de decisiones hay que distinguir entre los elementos que contribuyen a la reflexión analítica y los que conducen a una cierta irracionalidad, entendida como automatismo en el comportamiento administrativo.”

¹³⁵ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 43. “(...) la existencia de disfunciones en el desarrollo de la actividad administrativa habitual no debe impedir ponderar las ventajas que lleva consigo su utilización específica en el ámbito administrativo.”

La realidad organizativa de la administración pública es fluctuante, por el rápido crecimiento y desarrollo de cada Estado; lo que exige que la capacidad de operación de la administración deba de ser lo suficientemente eficiente, para satisfacer las necesidades de sus administrados; y en segundo lugar, las consecuencias negativas de la concretización y petrificación de reglas¹³⁶ en el ejercicio y aplicación de las facultades decisoras de la administración; cuya influencia está reflejada en el enriquecer la pereza y comodidad de los funcionario públicos, convirtiéndose en autómatas, restringiendo la capacidad de razonamiento de la realidad al limitarla a la simple adecuación de la misma a una solución anteriormente aplicada.

Se tiene que valorar de la misma forma, que si el comportamiento habitual está limitado a la forma operativa y organizacional de la administración; la habitualidad es la herramienta ideal para alcanzar niveles de eficiencia¹³⁷; al contrario que si dicha habitualidad está relacionada a la adopción de actos tendientes a producir efectos jurídicos, los cuales necesitan de un juicio de valor, esta habitualidad – comprendida en el precedente administrativo- existe la posibilidad que sus efectos benéficos, sean invertidos a problemas de legalidad o legitimación de actos, llegando a

¹³⁶ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social...Ob Cit.*, pp. 374 y 375. Sobre el hábito en el comportamiento humano, establece que: “(...) si el hábito es una necesidad benéfica y saludable, que nos permite progresar, en otro concepto, lejos de ser instrumento de progreso, degenera en obstáculo que se opone al ejercicio y al desarrollo de nuestras facultades y al progreso general, porque tiende a aprisionar y á petrificar en formas determinadas el pensamiento”

¹³⁷ Vid. ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional...Ob Cit.*, p. 32. El autor considera a los hábitos como elementos positivos dentro del desarrollo de las actividades de cualquier organización y lo hace al exponer que: “La gente realiza su trabajo en formas diferentes. Puede conducirse de manera distinta en sus interacciones con jefes y compañeros. Varía en términos de hábitos en el trabajo: la rapidez para terminar las tareas, la conciencia que tiene para efectuar trabajos de calidad, la cooperación con sus compañeros, su habilidad para manejar situaciones de tensión y cosas semejantes.”

formar en los administrados una inestabilidad de la seguridad jurídica frente a la administración pública.¹³⁸

Es posible que sea inevitable que el funcionario público, no este tentado a caer en esta repetición irracional de acciones, por lo que corresponde entonces a los administrados, accionar los mecanismos de legalidad, tendientes a controlar los actos que la administración dicte; y sobre todo al respeto total de las garantías constitucionales; y de esta forma evitar que el hábito se deforme en una rutina, la cual carece de razonamiento y se convierte en una actividad mecanizada, la cual adopta criterios anteriores para resolver situaciones presentes, sin detenerse a analizar los factores que deben de tener especial consideración, por lo que se convierte entonces, en un problema en la administración pública el desapego al caso concreto.

El elemento humano, es la razón del por qué los hábitos se degeneran en acciones mecanizadas, porque la repetición de una actividad construye juicios de valor previos al hecho; y sumados al acomodamiento y pereza del funcionario público - haciendo énfasis en la crítica negativa-, deja se ser una solución de practicidad a un problema de razonabilidad, por lo tanto la habitualidad administrativa se encuentra entre la delgada línea de la solución al modelo racional de toma de decisiones y la carencia de razonamiento y motivación legítima en los actos de la administración.

En conclusión, no se puede esperar que la administración satisfaga ambas situaciones, en la que por una parte se generalicen sus actos para evitar imparcialidades, sin que se caiga en el error de apreciación de cada caso concreto; pero lo que se puede lograr, es que la administración este

¹³⁸ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 43. “En la actualidad conviven dos visiones contradictorias. Por un lado, las rutinas de la Administración suscitan rechazo frente al inmovilismo y la petrificación de sus comportamientos. Por otro, cunde la sensación de que la Administración actúa de forma inconsistente, sin ofrecer criterios claros de racionalidad que permitan prever su actuación en el futuro, lo que pone en peligro las exigencias de la seguridad jurídica.”

receptiva a cualquier ambivalencia de cada caso, que aunque su semejanza sea tan notoria, sea posible que en las pequeñas particularidades, pueda prestar total atención la administración al resolver, conforme a las situaciones fácticas, jurídicas y personales de cada caso; para de esa forma evitar que la actividad habitual se transforme en un rutina irracional.¹³⁹

6. LA RUTINA ADMINISTRATIVA COMO CONSECUENCIA NEGATIVA.

La rutina responde al problema del modelo racional de la administración pública, en un análisis preliminar, resulta conveniente la adopción de rutinas para simplificar el desgaste y el alto costo de recursos humanos en la toma de decisiones, para el autor Ira Sharkansky, expone que: “Las rutinas son reglas para la toma de decisiones que especifican cuáles de los numerosos puntos que puedan ser importantes se toman realmente en consideración al tomar decisiones”.¹⁴⁰

La rutina administrativa, funciona sin problema alguno en el plano administrativo¹⁴¹; pero dentro del ámbito jurídico se vuelve un gran obstáculo para garantizar que la administración no emita actos decisorios arbitrarios o carentes de racionalidad; al contrario se espera que a cada situación particular, se razone una decisión; no pueden crearse soluciones

¹³⁹ *Ibidem...Ob cit., p. 43.* “Lo fundamental es, pues, el establecimiento de un sano equilibrio entre la automatización de comportamientos y la apreciación de las circunstancias del caso concreto, para así satisfacer las exigencias derivadas de la incardinación de la Administración en un Estado social de Derecho.”

¹⁴⁰ *Vid. SHARKANSKY, Ira. La administración pública, la política frente a la burocracia.* Editores Asociados S.A., 2º Edición, México, S.F., p. 68. Considera el autor a la rutina como fuente creadora de reglas, las cuales ha de ser consideradas por la administración al momento de tomar una decisión determinada.

¹⁴¹ *Vid. HELLRIEGEL, Don; y SLOCUM, John W. Comportamiento Organizacional.* 10ª Edición. Editorial Thomson. España. S. F., p. 419. “Muchas veces las organizaciones son más eficientes cuando realizan tareas rutinarias, y tienden a desempeñarse en forma más deficiente cuando llevan a cabo algo por primera vez, al menos al principio.”

preestablecidas para situaciones similares, porque entre la similitud y la igualdad, existen ciertas diferencias.¹⁴²

Para entender el problema planteado, la rutina se entiende en su sentido común como un “hábito adquirido de hacer las cosas por mera práctica y sin razonarlas”¹⁴³; esta falta de razonamiento es el principal problema que afecta la actividad administrativa; pero en un análisis objetivo, se establece que la rutina al ser un hábito debe de ser aprendido, por consecuencia una rutina no nace como tal, al contrario el hábito se transforma en rutina y se establece de esta forma, que cualquier hábito administrativo, puede ser en un momento determinado una rutina administrativa.

La rutina es un comportamiento diferente a la práctica administrativa y al precedente administrativo; la rutina es un comportamiento habitual constante que está alejado de cualquier razonamiento lógico; al contrario de la práctica administrativa y el precedente administrativo, son actividades de la administración caracterizadas por su grado de racionalidad al momento de aplicar una ley o en resolver un conflicto frente a la administración; por lo tanto la rutina es un peligro presente en la actividad de la administración pública, ya que convertiría toda su actividad en una simple realización de actos carentes de valoración, lo que no puede ser posible porque las circunstancias que envuelven al hecho material es determinante para la toma de decisiones de la administración pública.¹⁴⁴

¹⁴² Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 39. Citando al Autor Nieto García, expone que: “la administración da más importancia a la forma que a la sustancia de los asuntos. Al repetir mecánicamente lo que en un día fue acertado incurre en desacierto cuando las circunstancias dejan de ser las mismas. Los funcionarios, a fuerza de repetir mecánicamente las cosas, no se percatan de que pueden haber perdido su sentido.”

¹⁴³ Vid. GISPERT, Carlos (director). *Océano Uno, Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Grupo Editorial Océano. Madrid. 1991.

¹⁴⁴ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 39. “El estadio más grave del problema del desapego del caso concreto por parte de la Administración consiste en la degeneración de la actividad habitual en rutinas.”

La rutina tiende a desarrollarse en las prácticas administrativas al ser una actividad interna de la administración; de ahí que la rutina se considera como una práctica administrativa deformada¹⁴⁵; eso es un hecho notorio en la administración pública; que incluso ha contribuido a darle la característica de burocrática a la actividad de la administración, por la complejidad y falta de racionalidad de los trámites administrativos que realiza la administración sin intervención del administrado; no obstante el problema se acrecienta en la medida que dicha rutina se apodera de actividades que por su naturaleza racional, necesita un análisis individualizado de las circunstancias materiales y jurídicas.

El motivo de la creación de rutinas, es consecuencia tanto de la repetición de sus actividades y de la utilización de tecnologías, que facilita la labor del servidor público; la división de trabajo dentro de la administración pública genera que el servidor, tenga una sola función¹⁴⁶, pero principalmente contribuyen a su formación los elementos como la inercia y la pereza y el atrofiamiento de la capacidad de razonar¹⁴⁷; teniendo consecuencias negativas y devastadoras para el desarrollo del derecho administrativo. Para evitar esta grave situación, es preciso que el funcionario público no se deje dominar por el hábito, porque el hábito es una simple

¹⁴⁵ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 40. La autora expresa tajantemente que la rutina está relacionada con las prácticas administrativas y lo hace al momento de establecer que: “Se trata, por tanto, de una práctica administrativa deformada, convertida en rutina en el momento en que el funcionario se olvida de reservar un mínimo de atención consciente a las diferencias relevantes que presentan los nuevos casos”

¹⁴⁶ *Vid. ROBBINS, Stephen P. Comportamiento Organizacional...Ob cit.*, p. 283. El autor expone que la complejidad o la facilidad del trabajo dentro de la administración, propicia la creación de rutina y lo expone de forma clara al considerar que: “Las tareas complejas son aquellas que tienden a ser novedosas o no rutinarias. Las tareas sencillas son rutinarias y estandarizadas. Podríamos plantear de manera hipotética que mientras más compleja sea la tarea, más se beneficiará el grupo por la discusión entre los miembros sobre los métodos alternativos de trabajo. Si la tarea es sencilla, los miembros del grupo no necesitan discutir dichas alternativas. Pueden confiar en los procedimientos estandarizados de operación para llevar a cabo el trabajo.

¹⁴⁷ *Vid. COSTA, Joaquín. Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social...Ob Cit.*, p. 375. “En vez de consagrar la actividad que el hábito le deja libre, a satisfacer nuevas necesidades, a perseguir nuevos fines y nuevos ideales, a realizar nuevos progresos, la mantiene en la inercia, dejándose dominar de la pereza, con lo cual se atrofia progresivamente; y de esa inactividad, de esa atrofia de la reflexión, que no del hábito en sí, se engendra y nace la rutina.”

herramienta, la cual se puede cambiar, sustraer, desechar y sobre todo valorar su aplicación, por estar sometida a la razón.¹⁴⁸

7. LOS COMPORTAMIENTOS HABITUALES Y SUS DIFERENCIAS CON EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

La principal distinción se encuentra enraizada, al concepto de práctica administrativa, cuestión que se ha abordado de forma preliminar en los temas anteriores, en los cuales se ha establecido que el precedente administrativo y la práctica administrativa, son dos conceptos relacionados por considerar ambos una reiteración en la interpretación y aplicación de la ley, pero cada uno tiene diferente forma de analizar el fenómeno del comportamiento administrativo.

Al analizar su esencia, encontramos que tanto la práctica administrativa, así como los demás comportamientos habituales administrativos, se encuentran en el plano de la ciencia de la administración; esa es la razón que se ha llegado a considerar, por lo menos en la doctrina que dichos conceptos no son homologables, atendiendo a las consecuencias jurídicas que ambas poseen, tanto desde la perspectiva de la eficacia administrativa, como el respeto de garantías constitucionales, que limitan a la administración pública.¹⁴⁹

Para un sector de la doctrina, es inútil la distinción entre práctica administrativa y precedente administrativo, porque son comportamientos de la administración, cuales pueden deducir un beneficio o daño para los

¹⁴⁸ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 376. “La razón debe mandar al hábito, y no el hábito a la razón: el hábito por excelencia consiste en saber vencer todos los hábitos contraídos cuando lo ordena la razón” con la expresión anterior lo que se pretende es establecer que el comportamiento debe de estar condicionado a la razón y que el hábito solo es una herramienta de eficacia.

¹⁴⁹ *Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 37. Citándola literalmente expresa que: “(...) los conceptos de práctica y precedente administrativos no son homologables en Derecho administrativo y en la Ciencia de la Administración. (...)”

derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado¹⁵⁰; lo anterior no es cuestionable aparentemente; pero a partir del análisis de cada comportamiento a la luz tanto del derecho administrativo, como de la ciencia de la administración, se deduce que aunque se refieren ambas al mismo fenómeno, el punto de vista del análisis dependerá desde el ámbito que se estudie, ya sea desde sus consecuencias y efectos jurídicos o a través de la eficacia que proporciona a la administración al momento de tomar una decisión .

Sin embargo, existe una clara diferencia que consiste en que el precedente es una resolución sustantiva y la práctica administrativa constituyen normas de eficacia interna de la administración¹⁵¹; también el autor Ortiz Díaz, hace al distinción al exponer que: “puede marcarse una diferencia entre el precedente y las prácticas administrativas; estas últimas constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad. El precedente, por el contrario, es algo más; implica la resolución sustantiva de la administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares”.¹⁵²

De lo anterior se establece que la práctica administrativa, al ser comportamiento habitual, es diferente a un acto decisorio, por lo que la

¹⁵⁰ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 171. Sobre el tema del precedente administrativo, al analizarlo frente a la práctica de la administración expone que: “La inutilidad de la distinción entre precedente y práctica administrativa, que postula un sector de la doctrina, viene dada por la circunstancia de que, en ambos casos, se trata de conductas o comportamientos constantes de la Administración de los cuales puede deducirse un beneficio o daño para los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado”

¹⁵¹ Vid. GARRIDO FALLA .*Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, Madrid, 1987., pp. 325-326. Por lo tanto el precedente no es realmente el criterio interpretativo, sino la resolución que determina el sentido de la pretensión solicitada por el administrado, es decir si es positivo o negativo a sus intereses.

¹⁵² Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*” en *RAP...Ob Cit.*, pp. 79-80. Con la postura del autor, se desglosa una de las cuestiones más problemáticas sobre la naturaleza del precedente administrativo, y es la de determinar si es fuente creadora de derecho o no.

práctica administrativa esta se hace presente en un momento diferente, con relación al precedente administrativo.

La práctica administrativa es un comportamiento no escrito; en cambio el precedente para que pueda ser considerado como tal, debe de contar con un principio de prueba,¹⁵³ que carece de la práctica administrativa, y ahí se encuentra el punto de distinción. La práctica administrativa, es la reiteración en la aplicación de una ley cuando está contenida en una resolución administrativa, de ahí que el criterio de interpretación puede cambiar sea este derivado de una interpretación literal, sistemática, exegética o análoga; pero el precedente administrativo, no busca establecer un criterio interpretativo del derecho, sino la obligación de motivar el cambio de criterio decisorio, que anteriormente fue adoptado mediante una interpretación, cuya presunción legal no ha sido destruida.

El precedente administrativo, generalmente es confundido con la costumbre, esta confusión se deriva de considerar al precedente administrativo como un reflejo de la costumbre en el derecho¹⁵⁴, esta parcialidad a la que se hace referencia, no establece que existe una completa semejanza entre precedente y costumbre, al contrario lo que expresa es que ambas figuras poseen un elemento común que es la permanencia en el tiempo.

¹⁵³ *Nota:* El llamado principio de prueba hace referencia a que el contenido del acto anterior que se pretende prevalecer, frente al acto presente debe de ser comprobable para que el juicio de semejanza pueda ser aplicado, a falta del mismo no existiría criterio de equiparación o diferenciación entre cada acto administrativo.

¹⁵⁴ *Vid.* CAZORLA PRIETO, L. *Temas de Derecho Administrativo*. 3ª Edición, escuela de inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1983, p. 79. “punto distinto al de la virtualidad normativa de la costumbre, propiamente dicha, es el del precedente administrativo, siendo éste uno de los aspectos clásicos del problema general de la costumbre en su específico reflejo en el Derecho Administrativo”

En la doctrina se hace referencia a que el significado de la costumbre tiene relación con el valor del precedente;¹⁵⁵ al ser la costumbre una manifestación de comportamientos precedentes mucho más antigua que la construcción actual del precedente administrativo, se considera como el origen de todos los demás precedentes e influye de un modo u otro en la comprensión actual del carácter, funciones y funcionamiento del resto de precedentes en el derecho continental.

Pero al analizar su esencia normativa, se encuentran diferencias notorias;¹⁵⁶ porque el precedente no necesita de la aceptación de los particulares; caso que no se aplica a la costumbre, que necesita de la concurrencia de una aceptación tanto de los administrados como de la administración.

Se identifican de la misma forma, diferencias irreconciliables, referentes a la reiteración que necesitan; en el precedente es solamente un acto el que lo configura; en cambio la costumbre requiere de varios actos sucesivos o antigüedad en los mismos; de igual manera, el precedente depende exclusivamente de la propia administración pública para aplicarlo, en cambio la costumbre implica una relación entre la administración pública y los administrados.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. t. II S. E. Editorial Iustel, 2006., p. 91. “Las exposiciones doctrinales hacen mención de un modo reiterado y casi mecánico, al referirse al significado de la costumbre en el Derecho administrativo a la cuestión del valor del precedente”

¹⁵⁶ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el... Ob Cit.*, p. 39. expone alguna de las razones por las cuales el precedente es confundido con la costumbre y citando literalmente al autor expresa que: “Es muy usual que dicha figura sea confundida con la costumbre; sin embargo, su esencia normativa es diferente, por cuanto los precedentes son actuaciones que dependen exclusivamente de la voluntad de la administración, al contrario de la costumbre, que requieren del concurso de los particulares (...)”

¹⁵⁷ Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I... Ob cit.*, p.83. “En todo caso, las prácticas y los precedentes se distinguen de la costumbre en que: a) se trata de reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta es aquí irrelevante; b) la práctica o el precedente no tienen por qué estar avalados como la costumbre por un

Otro aspecto diferenciador se encuentra en considerar a la costumbre como un comportamiento de la comunidad; por lo tanto no serán costumbre los precedentes administrativos, porque el precedente no es un comportamiento de la comunidad, sino es propia de la administración¹⁵⁸; también está reflejado en relación a la vinculatoriedad que poseen; mientras que la costumbre la vinculación nace de la expresa remisión de la ley a la misma; el precedente administrativo su vinculación nace directamente de la aplicación de principios constitucionales.¹⁵⁹ Con estos argumentos se sustenta de forma concreta que la costumbre no puede y no es sinónimo de precedente administrativo.

La relación entre rutina administrativa y precedente administrativo, no existe mayor confusión; esto se debe a la naturaleza de cada una de ellas, mientras que la rutina es considerada como la automatización carente de valoración y razonamiento; el precedente supone una verdadera valoración del hecho a través de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad.

En otras palabras la rutina es un comportamiento negativo de la administración, que puede llegar a crear actos arbitrarios; mientras que el precedente administrativo, es un mecanismo para controlar los actos de la administración y así evitar arbitrariedades.

cierto grado de reiteración o antigüedad, bastando, como se dijo, un solo comportamiento en el caso del precedente.”

¹⁵⁸ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. T. I...Ob cit.*, p. 169. “Se sostiene que si el comportamiento debe ser de la comunidad, no serían costumbres los usos o prácticas de los órganos administrativos o jurisdiccionales”

¹⁵⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 44. “Independientemente de la dudosa existencia de la costumbre en el Derecho administrativo, hay que recordar que la fuerza vinculante del precedente procede directamente de determinados principios generales del Derecho. Piénsese que, a diferencia de lo que ocurriría con la costumbre, una sola actuación constitutiva de precedente vincula a la Administración”

En conclusión, la falta de claridad sobre las diferentes manifestaciones de los comportamientos de la administración pública, puede generar una confusión con el precedente administrativo, pero en la medida que se hace un análisis de cada una de ellas, se establece de forma concreta que el precedente administrativo, es una manifestación de la administración con sus particularidades especiales las cuales son el objeto de estudio de la presente investigación.¹⁶⁰

¹⁶⁰ *Nota:* aunque el estudio del precedente administrativo sea el objeto de la investigación, el análisis de las figuras afines ayudara a comprender con exactitud la delimitación conceptual como aplicativa dentro de la administración pública.

CAPÍTULO II:
LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y SU RELACIÓN CON EL
PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

8. IMPORTANCIA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS PARA EL ESTADO.

La potestad es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico a la administración pública, para el cumplimiento de ciertas finalidades que la ley legítima y delimita; que puede ser objeto de control jurisdiccional lo que permite inferir que en los casos que se actúe de forma contraria al ordenamiento jurídico o sobrepasándose de las facultades otorgadas a la administración, el acto será ilegal, por lo que se establece que sin atribución previa de esta potestad a la administración, a través de la ley, la administración no puede actuar.¹⁶¹

No puede suponerse que una potestad es una libertad de acción, atribuida a un funcionario público, el cual puede determinar a su voluntad la forma y modo de aplicarla; está determinada por la finalidad que pretende cumplir la administración pública¹⁶²; en otras palabras el cumplimiento eficaz de sus fines está determinada en la ley, y es encomendada al órgano que

¹⁶¹ Vid. *SSCA del proceso ref. 139-S-2002 del 20/04/2005*. “Según el tratadista Eduardo García de Enterría "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..." Esta Sala se ha pronunciado en el sentido que si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente-atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba”

¹⁶² Vid. CARMONA, Francisco Racionero. *Temas de Derecho Administrativo I...* Ob Cit., p. 61. “Las potestades de la Administración Pública son potestades – función, que se caracterizan por ejercerse en interés de otro, esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general.”

dicta el acto, ya sea mediante una potestad o facultad que la ley misma legitima y delimita.¹⁶³

Dentro del ejercicio de estas potestades, es la ley la que reviste de competencia al funcionario¹⁶⁴, para ejercitar actos determinados y que en algunos casos, la ley determina la forma y el modo que ha de aplicarse la ley; y en otros establece un margen de valoración, lo cual determina la aplicación o no de la ley, encomendada a la administración pública; esto permite que la realidad sea apreciada por la administración y que la ley tenga validez frente a situaciones, que no pueden uniformarse con la creación de fórmulas preestablecidas en un cuerpo normativo.

Al hacer referencia las facultades que la administración pública posee; se hace remisión expresa a la teoría general de las potestades administrativas; la cual establece un razonamiento sobre la forma en que la administración realiza sus actos, pero lo importante de esta teoría es la forma de cómo constituyen legalmente estas potestades; es así como en virtud a la forma en que la ley las ampara, reconoce y vincula a la administración, se dividen en potestades reglada y potestades discrecionales.¹⁶⁵

¹⁶³ Vid. GORDILLO, AGUSTIN. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas... Ob cit.* p. 132. “La actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público. Esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración.”

¹⁶⁴ Vid. ANGEL BEKQAITZ, Miguel, en “*Facultades Discrecionales y Facultades Regladas Vinculadas a la Ley, en AAVV, “Enciclopedia Jurídica Omeba”*”, S. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba. Tomo 11. S. F., p. 7. “En el ejercicio de su competencia, los órganos administrativos actúan evidentemente en el plano inferior de la pirámide jurídica, dictando los actos indispensables, necesarios, convenientes, o que estiman oportunos, para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.”

¹⁶⁵ Vid. CARMONA, Francisco Racionero. *Temas de Derecho Administrativo I..Ob Cit.*, p. 61. El autor, hace la clasificación de las potestades entre las potestades regladas y discrecionales, y hace énfasis que aunque ambas se deriva del reconocimiento normativo; la forma de ejercerlas difiere por el grado de apreciación que otorgan a la administración pública.; vid DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 285. “La clasificación entre actividades regladas y discrecionales se basa, así en el diferente grado de vinculación o libertad que deja la norma a la actividad administrativa.”

Estas dos potestades se relacionan directamente con el estudio del precedente administrativo; la razón es que ambas se derivan de la ley; pero se aplican y ejercitan de formas diferentes. La Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador, mediante su jurisprudencia ha declarado que la determinación de estas potestades, es la ley la que establece la forma en que se ejecutaran¹⁶⁶; por tanto, la correcta comprensión de las potestades administrativas, resulta imperativo para comprender el fundamento vinculante del precedente administrativo; y en atención a lo anterior; se hará un análisis del principio de legalidad administrativa, para entender la verdadera vinculación de la ley en la actividad de la administración pública.

9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA.

El principio de legalidad, es una de las bases funcionales del Estado; su manifestación es el sometimiento de los actos de cada órgano estatal, el principio de legalidad históricamente tiene origen aristotélico¹⁶⁷ y actualmente tiene aplicación en todo el aparato estatal, tanto en el órgano legislativo, ejecutivo y judicial.

El significado de este principio es amplio, comprende el respeto a la ley desde el punto de vista de la función pública, de su autoridad y del origen que materializa los actos que emanan del ejercicio de las atribuciones legales, por lo tanto puede expresarse abiertamente; que es el respeto de la ley o legalidad genéricamente entendido; es un principio absoluto en el

¹⁶⁶ Vid. *SSCAS de fecha 29/6/2006, ref. 301-a-2004*. “La atribución de las potestades de la Administración pública por la ley puede tener dos matices que la doctrina distingue como potestades regladas y potestades discrecionales de la Administración. La configuración de potestades regladas o discrecionales depende de la mayor o menor exhaustividad determinada por la ley en los supuestos que rigen la actuación de la Administración. Es decir, la diferencia.”

¹⁶⁷ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Séptima Edición actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2002., p. 27. “Si bien originariamente tal principio apareció como derivación del dogma que postulaba la primacía de la voluntad general, expresión del naturalismo que impuso la filosofía iluminista, lo cierto es que el principio tiene antecedente aristotélico.”

derecho administrativo; en consecuencia de su obligatoriedad la administración pública es responsable por el incumplimiento de la legalidad de sus actos¹⁶⁸; cuya responsabilidad puede ser administrativa, civil, penal o moral.

Este principio, al aplicarlo al derecho administrativo, tiene un doble sometimiento a la legalidad¹⁶⁹; la primera desde una perspectiva generalizada, es entendida como el deber de sometimiento de la administración pública al ordenamiento jurídico cuyo significado es genérico; y la segunda, en sentido propio y específico al derecho administrativo, consiste la supremacía de la ley secundaria, sobre los reglamentos y actos emanados de los órganos administrativos, lo que constituye una *vinculación positiva de la administración a la ley*.¹⁷⁰

A la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ésta puede ser entendida como una cobertura que legitima la actuación de la administración, constituyendo una vinculación positiva a la

¹⁶⁸ Vid. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del derecho Público y Estado Solidario*. Vol. 6, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996., p. 21. “(...) el principio de legalidad, vértice del sistema en las democracias occidentales, no es otra cosa que el respeto a la ley, tanto desde el punto de vista de la función pública, de su autoridad y del origen que la materializa; este es respeto a esa ley, en la estructura del órgano como en la actividad o gestión del mismo como respeto también a esa ley en la actividad y gestión de los administrados (...)”

¹⁶⁹ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las Fuentes...Ob Cit.*, p. 36. Establece acertadamente el doble sometimiento de los órganos administrativos al derecho: “debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y particular el actuar del engranaje estatal; el segundo sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ejercicio de sus competencias.”

¹⁷⁰ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús. “*Principios Generales del Derecho y Constitución*” en *RAP...Ob Cit.*, p. 26. “Esta supremacía de la ley implica una relación de conformidad (y no sólo de no contradicción) de la actividad administrativa con la legalidad parlamentaria o, dicho de otra manera, el principio de legalidad postula, como regla general, una vinculación positiva de la Administración a la ley (...)”; Vid. *SSCAS de fecha 23/12/2004, ref. 271-M-02*; dicha sentencia expresa literalmente en su numeral 3, lit. a) lo siguiente: “Conforme a la doctrina de la vinculación positiva (*positive bindung*), -la ley es la única que habilita y otorga legitimidad a los actos de la administración-, las potestades o habilitaciones de actuación, han sido divididas en regladas y discrecionales”

ley, la cual es denominada como “*positive bindung*”¹⁷¹, la cual tiene gran importancia dentro del análisis del derecho administrativo.¹⁷²

El fundamento constitucional de este principio se encuentra en el inciso último del art. 86 de la Cn¹⁷³, el cual es la columna vertebral de la legalidad administrativa, porque es precisamente el fundamento y límite de la administración; lo cual es afirmado por la SCNS, la cual manifiesta el significado de la vinculación de la administración al principio de legalidad de la siguiente manera: “(...) el principio de legalidad rige a la Administración, por lo que toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido previamente por ley, la que lo construye y delimita (...)”¹⁷⁴

Por tanto el principio de legalidad administrativa, debe de ser entendida de forma distinta a la legalidad de las actuaciones de los particulares, porque en la actividad administrativa, la ley no es solo el límite,

¹⁷¹ Vid. SSCAS de fecha 20/03/97, ref. 17-T-96: “Superadas concepciones que sostenían la libre determinación de la Administración, en virtud de las cuales ésta podía realizar cualquier accionar no prohibido por la Ley -sistema que doctrinariamente se denominó doctrina de la vinculación negativa- en la actualidad impera la concepción en virtud de la cual, las acciones de la Administración se sujetan al principio de la *positive bindung* o vinculación positiva, en base a la cual el Derecho no es ya para la Administración una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición -quedando ésta en su terreno habilitada a actuar con su sola libertad y arbitrio- sino por el contrario, el Derecho es la cobertura que legitima toda su actuación”. Vid. SSCAS ref. 59-R-95 del 28/08/98; ref. 121-S-2001 del 02/10/02; ref. 167-S-2003 del 15/12/2004.

¹⁷² Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita. “La Vinculación de la Administración al Derecho” en RAP, Centro de Estudios Constitucionales. N° 153, septiembre- diciembre, Madrid, 2000., p. 315. “La doctrina de la vinculación positiva encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados y del que se valieron los revolucionarios franceses para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era el que derivaba de la propia Ley.”

¹⁷³ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. Art. 86 inciso final: “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.”

¹⁷⁴ Vid. SSCNS de fecha 16/12/97, del proceso de amparo, bajo la ref. 21-C-96. La sentencia enfatiza entre la vinculación de la administración positiva y negativa que la ley le otorga a la administración y es ella la que al mismo tiempo la limita, es decir el límite no está en lo prohibido en la ley, sino el límite está en lo permitido por ella misma.

sino su fundamento, por tanto no puede aplicarse la regla constitucional del art. 8, que establece de forma literal que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”.¹⁷⁵

De ahí que la vinculación de la administración pública al principio de legalidad, no puede suponerse que en los casos que no se encuentre expresamente regulada una atribución podrá prevalecer lo anterior, al expresar, que si bien la facultad no se encuentra regulada por la ley y no se encuentra prohibida, entonces es posible ejercerla; al contrario, la administración pública está limitada solo a las atribuciones que una ley le faculta para hacerlo, a esto la doctrina denomina la *vinculación negativa de la administración a la ley*.¹⁷⁶

10. LA FACULTAD REGLADA O VINCULADA A LA LEY.

Una vez entendido el tipo de vinculación de la administración pública al principio de legalidad; resulta mucho más fácil entrar al estudio de la actividad reglada de la administración, porque está relacionada a la legalidad de las actuaciones administrativas y por tanto es una garantía para los administrados al eliminar cualquier tipo de posibilidad de arbitrariedad de la administración pública.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

¹⁷⁶ Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita. “*La Vinculación de la Administración al Derecho*”...*Ob Cit.*, p. 315. “Para explicar la relación de la Administración con el Derecho existen dos teorías hoy ya clásicas: la teoría de la vinculación negativa y la de la vinculación positiva a la legalidad. Según la primera de ellas, la Administración podría hacer todo aquello que la ley no le prohíba; según la segunda, la Administración sólo podría realizar lo que la ley le permita.”

¹⁷⁷ Vid. SERRAS ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*...*Ob Cit.*, pp. 180-181. “La norma es el punto de partida y la fundamentación de todos sus actos, al mismo tiempo que constituye una sólida garantía para los particulares. Es esto lo que se denomina la administración reglada o vinculada, y tiende a eliminar las arbitrariedades del poder público.”

La facultad reglada o vinculada, supone la existencia de una norma jurídica que indica claramente bajo qué circunstancias y en qué sentido debe emitirse tal acto¹⁷⁸; por ello se habla de que el acto y la facultad reglados están ligados o vinculados al texto de una ley, y no puede aplicarse ni decidirse sobre cosa distinta a lo que la ley ha determinado.¹⁷⁹

De ahí que la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha establecido en la sentencia definitiva del 27 de julio del 2009, ref.369-C-2004, de forma clara lo que ha de entenderse como potestad reglada: “La potestad reglada, es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder, y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, ya que la decisión que emita la Administración no puede configurarse libremente pues su cumplimiento es obligatorio”¹⁸⁰

La SCNS, determina que la potestad reglada es de cumplimiento obligatorio para la administración y al mismo tiempo configura una relación de subordinación de la administración a la ley; constituyéndose por lo tanto como una garantía al administrado, en tanto a cualquier incumplimiento con

¹⁷⁸ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo, diccionarios Jurídicos temáticos*. Vol. 3, Editorial Harla, 1997., p. 111. Expone sobre la vinculación de los actos reglados de la administración pública. “La facultad vinculada o reglada está prevista claramente en el texto normativo, indicado en qué momento y en qué sentido ha de producirse la actividad de la administración pública por ello se habla de que el acto y la facultad reglados están ligados o vinculados al texto de una cierta ley o reglamento.” Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*” en *RAP... Ob cit.*, p. 84. Es cierto que entonces la Administración encuentra su actividad completamente constreñida por la ley, el reglamento u otro precepto legal anterior y que carece de libre apreciación, ya que obrar regladamente significa para aquélla, como dice GARCÍA OVIEDO y tener que ajustar su actuación al contenido, requisitos o límites dictados por una norma o precepto anterior. La conducta de la autoridad administrativa está fijada por la ley; hay en terminología francesa competencia ligada.”

¹⁷⁹ Vid. MARÍA DÍEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997. “Es actividad reglada de la administración la que debe de sujetarse a los textos legales que limitan. Los actos administrativos deben de concretarse a la observancia de la ley.”

¹⁸⁰ Vid. SSCAS ref. 369-C-2004, del 27/07/2009. La potestad reglada entendida en los términos de la Sala, es tajante al establecer la relación de subordinación entre la ley y la administración.

la ley, el acto reglado no tendrá la legalidad y por lo tanto no tendrá eficacia jurídica.¹⁸¹ La razón se encuentra en la relación que posee la administración con el principio de legalidad, en la que se determina que los funcionarios públicos no tienen más facultades que la ley les determine.

Para el Tribunal Supremo, esta potestad reglada implica solamente la aplicación de la ley sin más valoración, que la adecuación de los hechos a la norma jurídica, de ahí que la formación de una voluntad administrativa carece de importancia¹⁸²; por lo tanto el margen de discrecionalidad se reduce al incluir este tipo de potestades dentro de los diferentes cuerpos normativos.

Las potestades regladas suponen solamente una adecuación del hecho a la norma, por ejemplo para el otorgamiento de una autorización de comercialización de bebidas alcohólicas regulada en el art. 30 de la ley reguladora de la producción y comercialización del alcohol y de las bebidas alcohólicas¹⁸³, establece los requisitos que ha de tener la solicitud, por tanto la administración no podrá pedir más, ni menos requisitos que los legalmente exigidos.

¹⁸¹ Vid. SSCAS de fecha 23/03/06, con ref. 114-D-2004. “El contenido de la decisión que se derive del ejercicio de dicha potestad, no puede configurarse libremente y su cumplimiento es obligatorio. Se establece entonces una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma establece. Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad”

¹⁸² Vid. STSE del 7 de diciembre de 1987. “en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la Ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa (...)”

¹⁸³ Vid. LEY REGULADORA DE LA PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DEL ALCOHOL Y DE LAS BEBIDAS ALCOHOLICAS. D.L. nº 640 de fecha 22 de febrero de 1996, publicado en el D.O. Nº. 47, Tomo. 330, el día 7 de marzo de 1996. “ Art. 30.- Para establecer cada venta de bebidas alcohólicas, el interesado deberá presentar una solicitud a la Alcaldía Municipal de la localidad con los siguientes requisitos. 1. Nombre de la autoridad a quien se dirige el escrito 2.Nombre y generales del solicitante3. Dirección exacta del lugar donde estará situado el establecimiento 4. Parte petitoria 5. Lugar y fecha de la solicitud. 6. Indicar el Número de Identificación Tributaria (NIT), además en su caso el Número de Registro de Contribuyente. Otorgados por la Dirección General de Impuestos Internos. La Municipalidad respectiva deberá resolver en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha en que se presente la solicitud, si ésta llenase todos los requisitos. Notificando al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social lo resuelto con las razones debidamente fundamentadas.”

10.1. El Precedente Administrativo y la Facultad Reglada.

La relación que tiene la facultad reglada con el precedente administrativo, es una relación conflictiva, en tanto se acepta generalmente en la doctrina que, la vinculación de las potestades regladas no recae en la aplicación de un precedente, sino viene atribuida por la ley misma¹⁸⁴; teniendo de esta forma plena validez el principio de legalidad administrativa, en cuanto a su vinculación con lo preceptuado en la ley.

Por lo tanto si existe una solución legal a una situación plenamente regulada; el precedente administrativo no tiene razón de ser, en la medida que es la simple y llana aplicación de la ley al caso concreto lo que resuelve el problema, cuya argumentación siempre será la establecida en el ordenamiento jurídico. En el Tribunal Supremo Español, ha establecido de manera tajante que: “Dentro de la actividad reglada, no entra en juego el precedente administrativo, cuyo campo de acción está limitado a la actividad discrecional. Si la Administración dicta en el ejercicio de su actividad reglada un acto contrario al ordenamiento jurídico, el mismo no la vincula para seguir dictando actos ilegales.”¹⁸⁵

Lo anterior establece la regla general, la cual es en considerar que el precedente administrativo solamente tiene aplicación en las facultades discrecionales y no en las regladas¹⁸⁶ Sin embargo, no se debe de limitar

¹⁸⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*” ...*Ob Cit.*, p. 28. “(...) cuando existe una potestad reglada, la Administración no está vinculada por sus precedentes, sino directamente por la legalidad que ha creado esta potestad; la obligatoriedad de actuar de un mismo modo en el caso de las potestades regladas sería una consecuencia directa de la legalidad”

¹⁸⁵ *STSE de 26 de octubre de 1995*. Hace referencia expresa que el precedente no tiene aplicación por no configurarse una libertad electiva, y por tanto la aplicación de la ley es una obligación y no una elección.

¹⁸⁶ Vid. OVIEDO, Carlos García. *Derecho Administrativo*. 8º Edición, S. E. Madrid, 1962.,p. 141.Citando a Ballbé, literalmente expone que: “Ballbé considera las dos tendencias contrarias respecto al valor del precedente en el orden administrativo. En su sentir debe distinguirse entre los casos en que se trata de actos estrechamente reglados por la ley y aquellos en que, por el contrario, la Administración obra con facultades discrecionales. En el primer caso, precedente no tiene otro valor

solo al ámbito de las potestades discrecionales, porque las potestades regladas pueden tener aplicación el precedente administrativo, así el autor español Luis M. Díez-Picazo, expone que: “Nuestro Tribunal Supremo entiende que el precedente no vincula sólo cuando se trata de actos discrecionales, caso en el que se exige un mismo criterio del interés público, sino también en materia de actos reglados, en que se impone una misma interpretación.”¹⁸⁷

De ahí que el principio de igualdad tiene una profunda incidencia en el análisis del precedente administrativo; del mismo modo lo anterior está relacionado a la aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, cuales al ser al mismo tiempo una facultad reglada, es posible aceptar la posibilidad de la aplicación del precedente en su ejercicio; además el derecho administrativo está evolucionando, en consecuencia se tiene que hacer una revisión de las teorías del derecho administrativo, para adecuarlas a la realidad jurídica.

10.2. El Precedente y los Conceptos Jurídicos Indeterminados.

La aplicación y ejercicio de las facultades regladas, se limita a cumplir con la ley; pero existen ocasiones en donde esta aplicación es mucho más complicada de lo que realmente parece, esto sucede cuando se tiene que

que el que le preste su conformidad con la ley. En el segundo no es posible negar la vinculación de la Administración con sus actos anteriores, ya que discrecionalidad o libre apreciación no significa en modo alguno arbitrariedad y es de suponer que cuando la Administración resuelve en un mismo sentido varios casos es porque lo conceptúa conforme con la ley y con el interés Público.”

¹⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*” ...*Ob Cit.*, p. 36. En este sentido, se manifiesta la *STSE de 22 de marzo de 1976* el principio de igualdad “hay que entenderlo proyectado en una doble vertiente; de un lado, con respecto a los actos de contenido discrecional en que ha, efectivamente, expresado cuál sea el criterio del interés público, este precedente vincula a realizar la misma aplicación en supuestos de hecho idénticos; y de otro, con respecto de los actos de contenido reglado en que el principio no pase de ser un aspecto más de la igualdad determinada por la obligatoriedad común de la regla de Derecho y, por tanto, la eficacia correctora de aquél se manifiesta solamente allí donde los órganos que aplican las normas tienen posibilidades de acción, es decir (...), en cuanto a su interpretación.”; en el mismo sentido véase *STSE del 21 de noviembre de 1977*; *STSE del 30 de junio de 1978*; y *STSE del 3 de abril de 1979*.

aplicar los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*; la dificultad resulta de deducir la única solución válida a través de la misma norma¹⁸⁸; de forma preliminar resulta útil, lo que se considera como concepto jurídico indeterminado.

Los conceptos jurídicos indeterminados, son una aportación del derecho alemán¹⁸⁹, y pueden definirse como todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, a priori, un cierto margen de imprecisión, margen que se denomina halo del concepto.¹⁹⁰

Estos conceptos pueden estar presentes tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas¹⁹¹; entre algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el derecho Salvadoreño se tienen: proporcionalidad¹⁹²; razones de lugar, gravedad y urgencia¹⁹³; semejanza¹⁹⁴;

¹⁸⁸ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El precedente Administrativo... Ob cit.* p, 54. Establece que: "(...) Además, la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados se incardina también dentro del ejercicio de potestades regladas, por lo que, en estos casos, se niega también la aplicabilidad del precedente administrativo (...)"; así mismo Vid. CARMONA, Francisco Racionero. *Temas de Derecho Administrativo I... Ob Cit.*, p. 62.

¹⁸⁹ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*" en RAP. , Centro de Estudios Constitucionales, N° 38, mayo- agosto, 1962., p. 171. "una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos, procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público."

¹⁹⁰ Vid. ALONSO MÁ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1998., p. 274. Citando a Sainz Moreno, expone que: "señala que se utiliza la expresión concepto jurídico y no concepto legal, porque la primera es más frecuente; no obstante, afirma que la denominación *concepto jurídico* se emplea en el sentido de concepto utilizado por una norma jurídica."

¹⁹¹ *Ibidem... Ob Cit.*, p. 276. "La utilización de estos conceptos, que puede darse tanto en el presupuesto de hecho como en la consecuencia jurídica, no constituye una deficiencia del lenguaje jurídico, sino una exigencia de su necesaria adaptabilidad a la realidad."

¹⁹² Vid. SSCNS ref. M100-2001 del 24/05/2002,. "(...) Por una parte, la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado que no atribuye discrecionalidad al órgano que debe observarla, sino que le obliga a encontrar una única solución justa, aunque al mismo tiempo, en la concreción del concepto según las circunstancias particulares del caso, haya de otorgarse a los órganos un cierto margen de apreciación (...)"

¹⁹³ Vid. SSCAS ref. 76-A-95, del 23/08/1997. "(...) cuando en el artículo 40 de las Disposiciones Generales de Presupuesto aplicables al Instituto Salvadoreño del Seguro Social se recogen las circunstancias excepcionales como *razones de lugar, gravedad y urgencia*, no se crea una potestad

plazo razonable¹⁹⁵ entre otros; lo característico de estos conceptos es que su alcance y significado no está claramente establecido por lo que es necesario que al momento de aplicarlo se determine su alcance y su sentido.

Al igual que todas las potestades regladas, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha expresado con relación a los conceptos jurídicos indeterminados que:

“En los conceptos jurídicos indeterminados, la ley hace referencia a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos ya que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. Caracterizándose además en que, por referirse dichos conceptos a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una única solución justa y

discrecional para la Administración para la valoración de tales circunstancias, sino se establecen *conceptos jurídicos indeterminados* que deberán ser analizados en cada caso concreto a la luz del sentido de la Ley, a fin de establecer su concurrencia.”

¹⁹⁴ Vid. SSCAS ref. 30-L-97, del 27/11/1998. “El concepto *semejanza* hace alusión a un supuesto cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, que por su naturaleza no admite en abstracto una determinación rigurosa, pero que, presentado en un caso concreto, debe ser analizado al margen de la discrecionalidad para establecer su concurrencia. Tal término encaja en los que doctrinariamente se conocen como *conceptos jurídicos indeterminados*”.

¹⁹⁵ Vid. SSCNS ref. M233-2001 del 28/05/2002. “El *plazo razonable* es un *concepto jurídico indeterminado*, por lo que se podría decir que un criterio para determinarlo es la complejidad del asunto a resolverse.”

correcta, que no es otra que aquella que es conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma”¹⁹⁶

Se establece entonces que los conceptos jurídicos indeterminados existe una única interpretación¹⁹⁷; pero puede concebirse que dentro de la interpretación del concepto jurídico indeterminado caben dos aplicaciones compatibles: la primera a brindar una certeza positiva estableciendo lo que “*si es*”; y otra una certeza negativa, la cual determina lo que “*no es*”, esta última se deriva, al expresar, el error del aplicador al interpretar el concepto indeterminado, al momento de aplicarlo a un caso concreto.¹⁹⁸

El elemento limitador de la aplicación del precedente administrativo desaparece, al determinar que en dichos conceptos no existe una “única interpretación”¹⁹⁹; estableciéndose al mismo tiempo que existe un “*margen cognoscitivo de apreciación*” presente en la consecuencia jurídica y no en el supuesto de hecho del concepto jurídico indeterminado, en donde resulta

¹⁹⁶ Vid. SSCAS ref. 93-2005 del 28/05/08. La Sala de lo Contencioso Administrativo, ha reconocido la naturaleza ambigua de estos conceptos indeterminados.

¹⁹⁷ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 173. “(...) el proceso de aplicación de *conceptos jurídicos indeterminados* es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.”

¹⁹⁸ Vid. SSCAS. *Del proceso ref. 158-G- 2003 del 26/10/2007* “(...)la aplicación del concepto jurídico indeterminado al caso concreto debe ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que lo ha creado, por lo cual compete al juez fiscalizar tal aplicación, valorando si la situación a que con él se ha llegado es la única solución justa que la ley permite, es decir, es posible entrar a valorar sobre las circunstancias concretas para determinar si ésta ha producido el concepto jurídico indeterminado.”

¹⁹⁹ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*...*Ob Cit.* p, 287. La autora determina que en los conceptos jurídicos indeterminados al establecer tanto la certeza positiva y negativa, ahí es donde es aplicable el precedente administrativo.

difícil encasillar su significado dentro de la zona de certeza positiva o negativa.²⁰⁰

Lo anterior no debe ser confundirse con el “*halo*” del concepto,²⁰¹ la cual hace referencia a la zona intermedia de incertidumbre, que le da la característica de indeterminación y que es parte de la estructura del concepto jurídico indeterminado;²⁰² el cual en algunas veces tanto el halo del concepto, como su margen cognoscitivo de apreciación son usados indistintamente, ejemplo de ello es la STSE del 31 de diciembre de 1988, que establece que: “siempre que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado habrá que reconocer un margen de apreciación.”²⁰³

Es importante mencionar que el precedente administrativo, no trata de crear un nuevo criterio de interpretación; de ahí que su vinculación con los conceptos jurídicos indeterminados se encuentre *en la posibilidad de apreciar un trato desigual al momento de interpretar ya sea de forma positiva o negativa el concepto indeterminado* en su margen cognoscitivo de apreciación; lo que pretende es establecer una igualdad en la interpretación

²⁰⁰ Vid. ALONSO MÁZ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas...Ob Cit.*, p. 281. “(...) existen también en todos los conceptos supuestos límite de dificultad de control determinables a priori- de tal intensidad que no resultan sus-susceptibles de ser encuadrados con seguridad en la zona de certeza positiva o en la de certeza negativa. Se trata de casos que existen porque el razonamiento jurídico es limitado, en cuyo enjuiciamiento habrá normalmente que reconocer un *margen cognoscitivo de apreciación* en aquellos supuestos en que el concepto jurídico indeterminado no acote el presupuesto de hecho sino la consecuencia jurídica.”

²⁰¹ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 281. “En efecto, este margen no debe ser confundido con el *halo del concepto*. Este es el ámbito de indeterminación que existe c priori; el margen cognoscitivo de apreciación en la concreción del significado de aquél es el que subsistiría después de haberse agotado por el operador jurídico las posibilidades del razonamiento jurídico. Se trata, pues, de nociones distintas que no deben confundirse, aunque de hecho muchas veces se utilizan indistintamente.”

²⁰² Vid. SSCNS ref. I52-2003AC, Del 01/04/2004. “(...) suele aludirse que dentro de la estructura y uso de los conceptos jurídicos indeterminados, debe ser identificable un núcleo fijo o zona de certeza, que cuenta con datos precisos y seguros comprendidos dentro de dicho concepto, así como una zona *intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto"*, relativamente imprecisa, y finalmente, una zona de certeza negativa, también definida en cuanto a la exclusión del concepto.”

²⁰³ Citada por ALONSO MÁZ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas...Ob Cit.*, p. 281. El autor establece que el margen de apreciación en los conceptos jurídicos indeterminados es mucho más limitado que en las potestades discrecionales, pero desde el momento que se determina su existencia, cabe la posibilidad de aplicar el precedente administrativo.

del mismo al aplicarlo a un caso concreto que posea similitud sustancial del hecho, como del derecho.

En ese sentido, el autor Sáinz Moreno expone que “el precedente es una técnica de interpretación de conceptos indeterminados, junto a criterios de ética social, principios de experiencia”²⁰⁴; y que de igual manera configura un mecanismo de control sobre la interpretación adoptada, al controlar el cambio de interpretación en los casos posteriores²⁰⁵; en consecuencia se puede aplicar el precedente administrativo, dentro del análisis de los conceptos jurídicos indeterminados.

11. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La discrecionalidad de la administración, es un tema que ha llenado muchos textos jurídicos en materia de derecho administrativo; los cuales han realizado análisis sobre el peligro que puede tener la administración de realizar actos arbitrarios, y sobre todo de las limitaciones frente al principio de legalidad administrativa; este tema se relaciona estrechamente con el precedente administrativo; este último forma una concretización de la aplicación de una potestad discrecional, y sobre todo su efecto principal es la crear a la administración una obligación de observancia del mismo, al pretender resolver un caso concreto.

²⁰⁴ Vid. SÁINZ MORENO. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. S. Ed. Editorial Civitas, Madrid. 1976, p. 210. La función del precedente administrativo en este tipo con conceptos jurídicos, es de carácter interpretativo, esto permite controlar el sentido utilizado en situaciones que guarden similitud entre un caso presente frente a un caso anterior.

²⁰⁵ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob cit.* p, 288. La autora ha expresado de manera clara que: “A su vez, el precedente constituye un mecanismo de control de la actividad administrativa. De manera que el precedente tiene una doble virtualidad en estos casos: contribuye a interpretar el concepto jurídico indeterminado y a controlar, después, la existencia de un cambio de criterio motivado y acorde a Derecho.”

La palabra discrecionalidad, tiene diversas definiciones, pero casi todas poseen características especiales y comunes, que merecen su debida atención; para el autor, José Alonso Más, define a la discrecionalidad como: “la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencias de límites en el razonamiento jurídico de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas”.²⁰⁶

La definición anterior comprende elementos como la libertad de elección, la cual contrasta con la facultad reglada en la que no existe esta libertad; porque solo existe una solución válida; esta elección está limitada por las circunstancias fácticas y el razonamiento que la administración pueda realizar; y principalmente a la configuración legal de la misma en la ley.²⁰⁷

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en reiterada jurisprudencia ha reafirmado lo anterior, al expresar que la potestad discrecional existe solo cuando la ley así lo determine²⁰⁸ y además expresa que: “La Potestad discrecional, otorga a la Administración un margen de libre apreciación, a

²⁰⁶ Vid. ALONSO MÁS, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas... Ob Cit.*, p. 223; véase también SERRAS ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo... Ob Cit.*, p. 182. “Existen casos en que la ley permite al funcionario decidir con amplio margen, sobre el alcance de aplicación de una norma. Es esto lo que se denomina la facultad discrecional o poder discrecional. El legislador se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada caso. El motivo para esto no estriba solamente en el intento de tener en cuenta las particularidades del caso concreto, y de hacer justicia como sucedería con el arbitrio judicial.”

²⁰⁷ Vid. MARÍA DÍEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo... Ob Cit.*, p. 54. “En el caso de la potestad reglada la administración realiza una fiel ejecución de la ley que señala la autoridad competente, el fin y la forma del acto y además de cómo y cuándo actuar.”

²⁰⁸ Vid. SSCAS de fecha 23/12/2008, bajo la ref. 316-A-2004. La cual en lo concerniente ha declarado que: “(...) la potestad discrecional otorga a la Administración un margen de libre apreciación, a efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación; debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan. La potestad discrecional es tal, sólo cuando y en la medida que la norma legal la determina”

efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, cómo ha de obrar, o en si debe o no obrar, o que alcance ha de dar a su actuación siempre respetando los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.”²⁰⁹

En la doctrina, se consideró por mucho tiempo a la discrecionalidad administrativa como una excepción al principio de legalidad²¹⁰; pero esta idea es errónea, porque la discrecionalidad en la administración, siempre está limitada a la misma ley, no obstante esta no establezca la fórmula jurídica, para resolver una situación determinada; la discrecionalidad se identifica como un mecanismo eficiencia de la administración²¹¹; de ahí que la discrecionalidad está limitada y habilitada por la ley.

También en otra crítica negativa a la misma, es de considerarla como una imperfección del ordenamiento jurídico; esta idea nace al entenderse la discrecionalidad como una falta de regulación de la ley; idea que nace bajo la influencia y el deseo de una codificación del derecho²¹²; no obstante esta

²⁰⁹ Vid. SSCAS, ref. 369-C-2004, del 27/07/2009. La sentencia expone de forma específica, que ese marco de elección no está desvinculado en ningún modo del principio de legalidad, pero advierte que la valoración ha de ser subjetiva en tanto el criterio decisorio será electo por el órgano que le corresponda aplicar la ley, sea este judicial o administrativo, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

²¹⁰ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez...Ob Cit.*, p. 105. “Sin embargo, a pesar de la claridad de las expresiones filosóficas y jurídicas de los revolucionarios franceses, cierto sector de la doctrina clásica, fundada en razones de aparente libertad de acción en la administración para determinados eventos “*quiebra el principio de legalidad*”, consistente en el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación para la administración en los casos denominados de “*facultades discrecionales*” que en su conceptualización originaria era entendida como el no acatamiento al orden legal.”

²¹¹ Vid. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno. Vol. 6...Ob cit.*, p. 27. “(...) no es adecuado sostener, como con alguna frecuencia ha solido hacerse, que la discrecionalidad es un límite o una excepción a la legalidad administrativa.”

²¹² Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 85. “En la exposición de las distintas posturas de SAVIGNY y THIBAUT se han adelantado algunas de las consecuencias del éxito del proceso codificador las más destacadas fueron: la superación del particularismo jurídico; el carácter reflexivo de la creación del Derecho y la completitud del ordenamiento jurídico; y la transformación

postura, se debe tener presente que la ley es la que verdaderamente habilita una “libertad decisoria”²¹³; pero no se debe de entender el concepto de libertad de elección de la administración en el sentido irrestricto del derecho.

Al reconocer la vinculación del principio de legalidad administrativa, con la realización de actos o ejercicio de facultades de la administración; es reconocer que solo la ley permite una valoración de los hechos, sin olvidar los límites establecidos en la constitución y demás leyes; por tanto, la ley permite una libertad electiva de la decisión de entre varias que la misma ley permite; pero no por estar comprendidas en un catálogo extenso, sino que la misma ley limita cualquier decisión por sí misma, como un sistema integral de contrapesos de legalidad administrativa.

La discrecionalidad administrativa, erróneamente está ligada a la idea de arbitrariedad; pero en realidad es sinónimo de ejercicio de una potestad legal, en ese sentido lo ha entendido la SCAS, en su sentencia definitiva del 19 de diciembre del 2001, ref. 99-P-2000, estableciendo que: “En la atribución de potestades discrecionales el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, operación que puede desembocar en diversas decisiones igualmente justas. De ello, se desprende que *la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino ejercicio de una potestad legal, ya que de lo contrario se cae en el ámbito de la Desviación de Poder*”.²¹⁴

del papel del jurista. La combinación de todas ellas tiene como resultado el desplazamiento y el desdén del pueblo como sujeto creador de Derecho.”

²¹³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*” en la Revista Española de Derecho Administrativo, N° 143. España. 2009., p. 454. La autora expone que nos encontramos frente a una facultad discrecional: “(...) cuando el legislador ha puesto a disposición de la administración un margen de libertad para decidir conforma a unas líneas directrices ponderando las circunstancias del caso concreto.”

²¹⁴ Vid. SSCAS, del proceso ref. 99-P-2000, del 19/12/2001. La sentencia reconoce un hecho innegable que toda potestad discrecional supone el ejercicio de una potestad reglada, solo que de forma especial

Es por ello que se habla también de un margen de discrecionalidad, en el cual, es el legislador, es quien delega a la administración pública ciertas facultades decisorias, las cuales doctrinariamente se establece que deben de tener una motivación y una justificación objetiva del acto, para desprenderse de cualquier indicio de arbitrariedad.

En primer lugar, *la motivación*, consiste en hacer públicas las razones de hecho y de derecho, que fundamente el acto o decisión que se trate, su falta es señal de arbitrariedad²¹⁵; También la motivación es un elemento necesario para establecer la legalidad del acto, por lo que se considera como un límite a la discrecionalidad administrativa²¹⁶; en el derecho español el TSE ha establecido en la sentencia del 29 de septiembre de 1988, que un acto discrecional no se considerara como arbitrario cuando medie una motivación, la cual es un límite a la facultad discrecional de la administración.²¹⁷

De igual manera en El Salvador, se ha establecido en la SSCAS, ref. 105-P-2000 del 16 de noviembre del 2001 que: “la motivación del acto

esta potestad otorgada por la ley, permite al aplicador de la ley un marco de elección de opciones jurídicamente validas, de ahí que la idea de arbitrariedad, debe de desecharse de la concepción amplia de discrecionalidad.

²¹⁵ Vid. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparad, Vol. 6...Ob Cit.*, p. 28. Al analizar la importancia de la motivación expone que: “(...) si el acto administrativo nace sin un motivo que lo justifique, es decir, si no hay una motivación, el acto es simplemente arbitrario (...)”

²¹⁶ Vid. BREWER CARIAS, Allan-Randolph. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Colección Tesis de Doctorado, Publicación de la Facultad de Derecho, de la universidad Central de Venezuela, S. E. Editorial Arte, Caracas, 1976. p.57. “(...) Pero esa discrecionalidad ni implica arbitrariedad ni injusticia, puesto que la Administración Nacional, Estatal o Municipal no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin. Siendo así las cosas, el funcionario, al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo sin excederse de su competencia y marcando la exacta correspondencia entre *los motivos, el fin perseguido y los medios utilizables*”

²¹⁷ Vid. STSE de 29 de septiembre de 1988. “(...) cuando se dice que discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales -y ninguna decisión administrativa lo es de manera total- han de ser motivadas.”; Vid. STSE de 13 de febrero de 1992, la cual expresa que: “(...) La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad”

administrativo es la que permite ejercer un control, constatando si las razones que llevaron a la Administración a tomar una decisión están fundadas en derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. Esto permite descubrir un posible vicio de desviación de poder, entendido como el ejercicio de la potestad para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.²¹⁸ Como se observa para la Sala de lo Contencioso Administrativo, la motivación se centra en las razones jurídicas del acto, lo que es importante para la legalidad administrativa, pero no es suficiente, para desvirtuar de arbitrario un acto discrecional.

En segundo lugar, *la justificación objetiva del acto discrecional*, es el complemento de la motivación jurídica; no basta con que el órgano en uso de las facultades discrecionales elija una opción de las varias disponibles y explique por qué la ha elegido; falta acreditar que la opción escogida es la mejor posible, la más adecuada al fin que se pretende, por lo tanto que sea racional, porque dentro del modelo racional de la administración pública, se debe hacer el análisis entre las ventajas y desventajas, que la decisión pueda tener para los derechos de los administrados.

Es por ello que en el derecho español el TSE estableció de manera contundente que: “en los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”²¹⁹; proceso que se caracteriza por considerar un amplio aspecto de situaciones, que pueden variar en la medida, en que los elementos externos varíen, entre un caso a otro.

²¹⁸ Vid. SSCAS, del proceso ref. 105-P-2000 del 16/10/2001. El papel fundamental de la motivación es la de permitir el control de la legalidad de los actos administrativos en sede judicial, la Sala ha determinado su importancia para controlar y evitar que los actos se separen de la finalidad que la administración pública posee.

²¹⁹ Vid. STSE de fecha 7 de diciembre de 1987; también vid. STSE del 18 de enero de 1996. “En cualquier caso, es preciso decir que la corrección o incorrección de la motivación de los actos administrativos no está en relación con su volumen o con el tamaño de los argumentos empleados, sino en relación con la adecuación de los argumentos utilizados y de los hechos discutidos (...)”

El autor, Abelardo Torr , expone que toda facultad por muy discrecional que sea, siempre será reglada, en tanto es la misma ley la que determina, esa facultad de valoración por parte del ente administrativo²²⁰; es lógica la consideración del autor, y refuta de forma contundente que la discrecionalidad nace de la ley, y no es una excepción al principio de legalidad administrativa.

La discrecionalidad debe de ser atribuida por la ley, de ahí que no es sinónimo de facultad extralegal²²¹, al contrario, mediante la vinculación positiva de la administración, en la ley encuentra su fundamento y límite. Y es precisamente la legalidad de la administración, la que realmente limita esa libertad de decisión de los actos; pero en la valoración de las circunstancias fácticas, y en la aplicación de las facultades legales del ente administrativo, se espera una actividad objetiva.

Pero no se debe de dejar de un lado que esa aparente objetividad, contrasta con la subjetividad del funcionario, porque es una persona con valoraciones, percepciones y criterios diversos, quien est  facultado por la ley para que en nombre de la administración pública, resuelva con su percepción limitada a la legalidad, un supuesto que la ley no ha previsto taxativamente. Pero vía jurisprudencial la SCAS se ha pronunciado y ha establecido que las facultades discrecionales, permiten a la administración una libre apreciación de los hechos; y además proporciona una serie de

²²⁰ Vid. TORR , Abelardo. *Introducción al Derecho...Ob Cit.* p, 630. Concluye estableciendo precisamente, que la discrecionalidad es virtual, porque el principio de legalidad limita la actuación de la administración pública, e inversamente, que la potestad reglada no dejara de ser discrecional, en tanto que la ley no puede prever todos los supuestos en una norma por la diversidad de circunstancias que la atañen.

²²¹ Vid. SSCAS de fecha 30/05/05, bajo la ref. 152-G-2003. "La discrecionalidad configura entonces, el ejercicio de una potestad previamente atribuida por el ordenamiento jurídico, pues sólo hay potestad discrecional cuando la norma lo dispone de esta manera, no es una potestad extralegal y en ningún momento implica un círculo de inmunidad para la Administración. De ahí, que el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, que puede desembocar en diversas soluciones igualmente justas."

soluciones validas respetando la finalidad última de la administración y es el interés general²²² que debe prevalecer sobre el interés privado de un administrado o grupo de administrados.

Con las ideas expuestas, es fácil comprender, por qué tiene relación la facultad discrecional con el precedente administrativo, si la ley es la que permite una valoración electiva, entre muchas que legalmente pueden ser válidas; solo en ese supuesto en donde convergen similitudes, tanto objetivas, subjetivas, puede desarrollar la administración un precedente administrativo.

Por tanto, el precedente administrativo, no puede formarse con cualquier acto anterior, porque de lo contrario sería comparar las prácticas y la práctica administrativa con un precedente; que aunque en la doctrina no se acepte expresamente su distinción; el precedente administrativo al recaer en la forma de resolver un conflicto mediante el ejercicio de una facultad discrecional, establece un parámetro de seguridad jurídica a los administrados, en el contenido de la resolución, por aplicación directa de la ley y del respeto a las garantías constitucionales de la igualdad, seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad.

11.1. Margen de Discrecionalidad de la Administración Pública.

El margen de discrecionalidad es aquel en donde el legislador autoriza a sus funcionarios encargados de la aplicación del derecho –sea judicial o

²²² Vid. SSCAS de fecha 28/05/08, bajo la ref. 93-2005. “La potestad discrecional de la Administración implica el poder de libre apreciación que ésta tiene por facultad de ley, a efecto de decidir ante ciertas circunstancias o hechos cómo: ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación, debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan. Al ejercer dicha potestad, la Administración puede arribar a diferentes soluciones igualmente justas, entendiendo que aquélla que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.”

administrativo- la potestad de elegir entre dos o más opciones válidas y apegadas a derecho, que está determinada por la densidad normativa existente sobre una materia²²³; por tanto mientras más normas jurídicas establezcan los elementos constitutivos de una situación; y al mismo tiempo establezca una única solución normativa, solo entonces estamos frente a un margen limitado de discrecionalidad.²²⁴

La discrecionalidad tiene un carácter delegatorio por la ley, el legislador en ocasiones no uniforma una única solución; por la existencia de situaciones que requieren de la exhaustiva y minuciosa observación de principios constitucionales que amparan la esfera jurídica tanto de la administración pública como la de los administrados.

El legislador establece una facultad electiva, que está limitada por la legalidad de los actos del Estado, es decir, la misma ley determina una aparente libertad de decisión, la cual está limitada por la vinculación positiva de la administración con el sistema jurídico en su totalidad. Sin embargo, la finalidad del margen de discrecionalidad que el legislador otorga, es para permitir que el aplicador de la ley pueda solucionar alguna situación no prevista en la ley de forma expresa.²²⁵

²²³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 284. “El grado de densidad normativa existente en una materia determina la apertura de un mayor o menor margen de decisión discrecional de la Administración. En este sentido, la Administración decide discrecionalmente cuando varias soluciones son jurídicamente posibles.”

²²⁴ Vid. BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*. 1º Edición. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales. España, 1997., p. 82. “(...) las normas de conducta, dirigidas a la Administración, son siempre a la vez normas de control, dirigidas al juez contencioso-administrativo, existe, según este punto de vista, una necesaria correlación entre la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa y la intensidad de su control judicial.”

²²⁵ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 284. “La finalidad de los ámbitos de discrecionalidad abiertos a la Administración no consiste, pues, exclusivamente, en conceder cierta libertad decisoria; también permiten tener en cuenta las circunstancias del supuesto concreto para completar la justicia del caso que la Ley no prevé.”

Entonces traslada a la administración esa potestad decisoria, lo que le brinda a la administración, la obligación de que sus actos no sean contrarios a la ley, ni que exista un abuso de los mismos para lograr beneficios personales del servidor o beneficiar los intereses privados.

En consecuencia de lo anterior estamos frente a una apertura del margen discrecionalidad administrativa, en tanto el derecho administrativo, delegue paulatinamente a la administración pública, la facultad de decidir, siempre y cuando se valore las circunstancias fácticas; por tanto esta es la finalidad de esta apertura de los márgenes de discrecionalidad, como resultado de la creación y desarrollo de la teoría de esencialidad.²²⁶

11.2. El Precedente Administrativo y la Discrecionalidad Técnica.

La discrecionalidad técnica, es considerada como una técnica de reducción de discrecionalidad administrativa, por limitar la libertad electiva a la utilización de conceptos pertenecientes a un arte o disciplina, el cual limita las soluciones posibles a la única interpretación del concepto; se afirma o niega la subsunción del caso concreto en el concepto legal de acuerdo con un criterio de carácter técnico.²²⁷

Sin embargo, en la doctrina se cuestiona la existencia de una única solución por considerar que hablar de discrecionalidad técnica, se hace

²²⁶ *Ibidem...*, p. 285. “En la actualidad, gracias a construcciones como la teoría de la esencialidad alemana, la discrecionalidad se ha desprendido de esa connotación negativa de la postguerra. Ya no es una preocupante laguna legal en el Estado de Derecho, que debe eliminarse en lo posible por los tribunales contencioso-administrativos. Por el contrario, la apertura de márgenes de discrecionalidad se acepta como una necesidad institucional, como una premisa del buen funcionamiento de la Administración en numerosas áreas, lo que no la exime del control judicial.

²²⁷ *Vid.* ALONSO MÁZ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas...Ob Cit.*, p. 340. Citando textualmente a Cosculluela Montaner afirma que: “la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso, en función de las normas técnicas que, por lo general, proporcionan otras ciencias no jurídicas.”

referencia a una falta de control jurisdiccional sobre una decisión técnica²²⁸; no obstante lo anterior, en el derecho Español el TSE ha expuesto que existe la posibilidad de revisión jurisdiccional, sobre actos que se deriven de la aplicación de una discrecionalidad técnica de la administración, siempre y cuando la revisión no recaiga en su aspecto esencialmente técnico²²⁹; sin embargo se acepta la posibilidad que en casos que en caso no sea determinando el criterio correcto por los expertos en la materia, esto da más libertad a la administración al momento de tomar una decisión.²³⁰

Una discrecionalidad pura, por decirlo así -para diferenciarlas de la discrecionalidad técnica es la que encomienda al órgano sea este judicial o administrativo, la cual establece una facultad decisoria amplia; la SCAS, ha declarado que con la adición, en los cuerpos normativos de la partícula “podrá”; determina una facultad decisoria electiva, en función del razonamiento y justificación objetiva del caso; por lo tanto esta decisión no está restringida a criterios preestablecidos, sino que la valoración será

²²⁸ *Ibidem.*, p. 340. Haciendo una cita textual el autor expone que: “Para Sánchez Morón, la discrecionalidad técnica implica una limitación al control judicial, en la medida en que éste no puede inmiscuirse en aspectos técnicos, ya que su control es jurídico.”

²²⁹ *Vid.* PEÑARUBIA IZA, Joaquín M. “*La Moderna Jurisprudencia sobre la Discrecionalidad Técnica*” en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 136, enero – abril, Madrid, 1995., p. 332. “ La STS de 2 de abril de 1985, que admite la doctrina de la discrecionalidad técnica, pero considera que para que no se produzca un quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del tribunal calificador, (...) tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar, (...) sin posibilidad de confundir, por lo tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala a juicios técnicos”

²³⁰ *Vid.* MARÍA DÍEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I...Ob Cit.*, p. 55. El autor expone que los actos dictados en ejercicio de la discrecionalidad técnica de la administración están sujetos a control judicial, pero también expone que en ciertos casos la valoración hecha por los técnicos sobre un materia en el caso de no existir unanimidad brinda más libertad a la administración para decidir, de ahí que citando al autor de forma literal expone que: “ Si, en cambio se trata de aspectos técnicos susceptibles de controversias y los mismos técnicos no están de acuerdo acerca de cuál es el criterio correcto, la administración tiene una libertad más amplia.”

particularizada, y dependerá de los elementos circunstancias de caso en concreto.²³¹

Por otro lado la discrecionalidad técnica, es denominada por el autor, Eduardo Gamero Casado, como una *discrecionalidad impropia*; y ello es así, porque si bien da un margen para decidir la actuación de la administración; la adopción de la misma esta predeterminada por la incorporación en los cuerpos legales de presupuestos de hecho, que han de ser interpretados por el aplicador²³²; que son pertenecientes a ramas del conocimiento no jurídicas; entendiéndose así que también este tipo de discrecionalidad está relacionada los conceptos jurídicos indeterminados.

Por tanto, la discrecionalidad que es necesaria para establecer un precedente administrativo, es diferente a la discrecionalidad técnica que limita la actuación de la administración; pero no por ello se debe de dejar de

²³¹ Vid. SSCAS, bajo la ref. 104-G-01, impugnando de ilegal el fallo emitido por el Tribunal de la Carrera Docente, emitido el 04/VI/2003. "La parte actora argumenta que hubo ilegalidad al no tomar en cuenta lo prescrito en el Art. 90 Inc. 2º del Reglamento de la Ley de la Carrera Docente aduciendo que éste establece:"...No obstante lo dispuesto en el artículo 52 inciso primero numeral segundo de la Ley de la Carrera docente, (sic) en todo proceso de selección el Tribunal Calificador **deberá** tomar en consideración en primer lugar para otorgar la plaza, a aquellos aspirantes que hayan sido propuestos por el Consejo de Profesores de la respectiva institución educativa", situación que fue obviada por el Tribunal Calificador y no tomada en cuenta por el Tribunal de la Carrera Docente. Como se ha expuesto a la fecha en que se emitieron las resoluciones antedichas la citada disposición, había sido reformada en el siguiente sentido: "En el proceso de selección, el Tribunal Calificador **podrá** tomar en consideración para otorgar la plaza, a aquellos aspirantes que hayan sido propuestos por el Consejo de Profesores de la respectiva institución educativa." (...) la resolución emitida por la Junta de la Carrera Docente del Departamento de San Miguel se apoyaba en un precepto legal ya modificado que expresa que el Tribunal Calificador podrá tomar en consideración a los docentes propuestos por el Consejo de Profesores, potestad que no se establece ya de forma imperativa (...)"

²³² Vid. GAMERO CASADO, Eduardo. *Temas de derecho Administrativo II*. Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ. Consejo Nacional de Judicatura, San Salvador, 2004., p.58. El caso de las licitaciones públicas, en las que las convocatorias de los concursos de contratación sientan una serie de criterios específicos de adjudicación de los contratos que constituyen conceptos jurídicos indeterminados, lo que contrae extraordinariamente la discrecionalidad para convertirla en una discrecionalidad técnica, provocando, correlativamente, un control judicial mucho más intenso.

analizar este tipo de discrecionalidad reglada, a la luz del precedente administrativo, y por ello se niega su aplicación.²³³

Aunque se le hace la crítica que la tecnicidad de los conceptos, no es una fuente de reglas objetivamente validas, por provenir de una arte, ciencia o saber humano en cual está expuesto a valoraciones diversas por mínimo que sean. Por eso el carácter técnico de los principios, engrandece una posición gradual que permite que la administración en aras de mantener una independencia y capacidad decisora de la administración; es la se utilizar los criterios propios en casos anteriores por la misma administración.

12. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS.

Establecida la diferencia entre las potestades discrecionales y las regladas, en notable hacer las consideraciones, que aunque la doctrina límite la aplicación del precedente administrativo a las potestades discrecionales, no se puede concebir, que única y exclusivamente en las potestades discrecionales, se encuentra el campo de aplicación del precedente administrativo. En un primer momento, parece que tanto en las potestades discrecionales como en las plenamente regladas el precedente administrativo pueda ser aplicado en situaciones favorables al administrado, como es el caso de la imposición de sanciones,²³⁴ un claro ejemplo de lo anterior se presenta en el derecho administrativo sancionador.

²³³ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 289. “Pues bien, al igual que en los casos de ejercicio de potestades reglada la jurisprudencia rechaza la aplicación del precedente administrativo en los casos de discrecionalidad técnica. Entiende que, del mismo modo que en la actividad reglada, la simple aplicación de los criterios técnicos por órganos especialmente cualificados conduce a una solución adecuada”

²³⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 36. “La jurisprudencia aplica normalmente la doctrina del precedente a las actuaciones favorables (licencias de urbanismo, autorizaciones para actividades profesionales, etc.)”

El autor Español Luis M. Díez-Picazo, cita a la STSE del 20 marzo de 1976;²³⁵ en la que un particular es sancionado por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela por haber construido rebajando el bordillo de la acera para dar acceso a automóviles, sin tener licencia para ello. En su recurso alega que lo mismo se había hecho antes en la misma calle, sin que se hubiese tomado medida alguna; el Tribunal dice que “una cosa es el principio de igualdad, en cuanto impeditivo de que la Alcaldía imponga a un administrado la sanción gubernativa que previene el artículo 215 de la Ley del Suelo, excluyendo a otros de ella por su puro arbitrio *ante las mismas e igualmente conocidas situaciones carentes de licencia*, y otra cosa distinta es que tal exclusión de sanciones con respecto a los edificios contiguos pueda ser constitutiva de derecho a favor del demandante para construir la acera en forma que implique autorización de entrada de vehículos”²³⁶

El TSE hace distinción de dos situaciones; la primera la aplicación del principio de igualdad – y consecuentemente del precedente administrativo- para no sancionar situaciones conocidas con antelación que carecen de permiso; salva el contenido de la misma del llamado *precedente ilegal*, el cual puede configurarse con la segunda situación, la no aplicación de una sanción por no haberla aplicado con anterioridad; porque no puede existir igualdad en la ilegalidad, de ahí que esta es el principal argumento para

²³⁵ Vid. LORA, Alejandro Huergo. “*La Desigualdad en la Aplicación de Potestades Administrativas de Gravamen: Remedios Jurídicos*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 137. Mayo-agosto. Madrid, 1995., p.194. “Con todo, algunas sentencias han anulado una sanción administrativa por considerarla desproporcionada con la decisión adoptada en casos similares.” El auto menciona que el autor DÍEZ-PICAZO en su artículo de 1982 se han analiza la *STSE del 20 de marzo de 1976*, la cual se convertido en *clásica* por la escasez de esta línea jurisprudencial; Vid. *STSE del 23 de mayo de 1985*.

²³⁶ Vid. *STSE del 20 de marzo de 1976*. La sentencia del tribunal supremo expone de forma clara que no puede existir una igualdad en la ilegalidad, y que no obstante haya existido resoluciones en las que no se había aplicado la sanción, esto no quiere decir que la administración deberá seguir en su ilegalidad y por tanto los precedentes anteriores son precedentes ilegales y que no es posible continuar con la ilegalidad para mantener una igualdad entre los administrados.

limitar la aplicación del precedente administrativo en las potestades plenamente regladas.

En la misma línea se tiene además la STSE del 29 de octubre de 1979, la cual establece que: “se dictaron al menos otras siete resoluciones sancionadoras de hechos análogos comprobados (...) habiéndose impuesto a los respectivos responsables multas (...) datos que ponen de manifiesto el mayor rigor con que la Administración castigó al recurrente sin que aparezcan circunstancias diferenciales que puedan justificar la aplicación solamente en este caso de una medida que, por su máxima gravedad, todas las resoluciones de referencia califican de excepcional.”²³⁷

Esta sentencia expone como aun en la imposición de sanciones, el precedente administrativo juega un papel limítrofe a la actuación de la administración, en cuanto toda la actividad debe de regirse bajo el principio de igualdad en la aplicación de la ley y que el margen de apreciación está determinado por el margen entre la sanción máxima y mínima; dejando de la lado la posibilidad de constituir un precedente ilegal, puesto que el control judicial no recaerá sobre si se aplicará o no la sanción, sino que la sanción impuesta es más gravosa aunque en circunstancias iguales se haya aplicado una sanción menos gravosa para el administrado.

La cuestión anterior, difícilmente puede ser apreciada con libertad, puesto que la histórica división entre potestades regladas y discrecionales sigue siendo rígida. Sin embargo, el precedente administrativo encuentra

²³⁷ Vid. STSE del 29 de octubre de 1979. La sentencia del tribunal supremo, calificó de excepcional la imposición de la multa en el caso analizado, porque en otras circunstancias no se había sancionado con anterioridad, sin embargo, frente al principio de legalidad, el precedente administrativo en las potestades plenamente regladas, carece de aplicación, porque su aplicación consistiría en crear el llamado *precedente ilegal* y por tanto carece de valor jurídico y se niega rotundamente su aplicación dentro del derecho administrativo, porque no puede constituirse una igualdad en la ilegalidad administrativa.

aplicación en los conceptos jurídicos indeterminados²³⁸; porque una potestad reglada no deja de tener un margen de discrecionalidad²³⁹ y una potestad discrecional, es en realidad una potestad reglada, esencialmente cuando es la misma ley, la que determina la facultad indeterminada de “podrá”, en tanto esta facultad deja a consideración de la administración la valoración de las circunstancias que motivaron el acto.

De la idea anterior, se parte para considerar que en ciertos escenarios es probable la aplicación del precedente administrativo en las potestades regladas²⁴⁰, esta consideración se deberá de mantener a lo largo de la presente investigación, que a medida en que se profundiza sobre el precedente administrativo, se expondrá de forma detallada esta situación, que merece la atención de los operadores jurídicos y los agentes de autoridad administrativa.

Sin perjuicio de considerar el precedente administrativo como técnica de control de la administración, o como técnica de semejanza y comparación entre el criterio sostenido por la administración, la vinculación no resulta clara sin conocer los fundamentos constitucionales de la misma, por lo que el capítulo siguiente se analizarán los fundamentos constitucionales que vinculan a la administración a un criterio precedente.

²³⁸ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 54. “(...) Desde esa perspectiva, parece que el precedente administrativo podría llegar a ser útil tanto en el caso de las clásicas potestades discrecionales como en el caso de potestades regladas, cuando existen conceptos normativos indeterminados (...)”

²³⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “La Doctrina del Precedente Administrativo”, “(...) incluso cuando nos hallamos ante una potestad reglada, siempre es necesaria una previa interpretación de la legalidad para poder aplicar esa potestad. Y toda interpretación entraña algún margen de discrecionalidad.”

²⁴⁰ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. 1º Edición. S. E. Colombia. S.F., p. 540. El autor reconoce que el ámbito de aplicación del precedente trasciende más allá de las potestades discrecionales y expone que: “No todos los casos de potestad reglada implican la no aplicación del precedente administrativo por cuanto existen: Conceptos jurídicos indeterminados: la existencia de esos conceptos pone en duda la capacidad de deducir la solución correcta a partir únicamente de la existencia de la norma; discrecionalidad técnica: es un mecanismo de reducción de la discrecionalidad administrativa. La administración debe proceder de acuerdo con criterios técnico-administrativos, que están más allá de la propia norma.”

CAPÍTULO III:

LA VINCULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

13. LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El análisis de este tema, hace hincapié en estas dos figuras del derecho constitucional como lo son los valores y principios constitucionales; ambos en la doctrina suelen confundirse terminológicamente, pero esto no deriva de un desconocimiento total de la diferencia entre ambos, sino al contrario el carácter normativo que poseen es similar; pero no obstante a tal similitud existen ciertas diferencias que los vuelven únicos al momento de aplicarlos a casos concretos; el análisis diferencial de los principios y valores, permite entender la razón de la vinculación el precedente administrativo dentro del sistema jurídico de El Salvador.

Dentro de la Constitución de El Salvador, se identifican normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, reglas y principios, dentro de esta gama de posibilidades legales se establece que los valores enumeran cláusulas generales o finalidades, estas pueden ser fácilmente identificadas mediante una interpretación histórica de la misma constitución²⁴¹ porque constituyen los antecedentes y las bases en las que se sustenta el sistema constitucional; las reglas son normas dentro de la

²⁴¹ *Vid.* CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. Los valores constitucionales pueden ser fácilmente identificados al leer el preámbulo el cual dice: “Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño,(...) animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista”

constitución que contienen disposiciones específicas, la autora, Marina Gascón Abellán, las define como: “aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones”.²⁴²

En cambio los principios se extraen de las reglas constitucionales y una vez determinados, tienen proyección normativa consistente en palabras del autor Manuel Aragón que expresa que: “(...) los valores son exclusivamente fines y los principios, en cambio, son prescripciones jurídicas generalísimas, o, si se quiere, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas, el legislador posee mayor libertad para proyectar normativamente los valores constitucionales que para proyectar normativamente los principios”²⁴³

Lo anterior se afirma que los principios no siempre están explícitamente en el texto constitucional salvo excepciones como el principio de legalidad, pero que pueden deducirse fácilmente del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática de la constitución; de ahí que en el caso del principio de prohibición de arbitrariedad, se deduce, del principio de seguridad jurídica, establecido en el art. 1 y 2 de la Constitución de la República.²⁴⁴

²⁴² Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. 1º Edición, CNJ- ECJ, El Salvador, 2003., p. 133. “Esto significa que podemos definir las reglas como aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones. El criterio de la aplicación todo o nada de las reglas deriva finalmente hacia lo que podríamos llamar del carácter exhaustivo de las excepciones”

²⁴³ Vid. ARAGÓN, Manuel. *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N.88. Universidad Autónoma de México, 2002., p. 53, el autor enfatiza en la diferencia tanto estructural como normativa de los principios y valores, en cuanto no todos los fines del estado tienen el carácter de valor, porque pueden ser competencias funcionales de un órgano determinado, pero efectivamente todo valor constitucional busca una finalidad estatal; en cambio los principios encarnan una aplicación concreta de dichos valores.

²⁴⁴ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. “**Art. 1.-** El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está

De igual manera, se afirma en la doctrina que entre las normas y los principios, la única diferencia es su estructura funcional, porque no existe diferencia alguna en su naturaleza, ambas son preceptos normativos²⁴⁵, y se puede establecer al analizar el art. 246 de la Cn, el cual literalmente dice: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio (...)”²⁴⁶, en este artículo, coloca a los principios en el plano normativo, al igual que los derechos y obligaciones plasmados en la constitución; por ello es que la no aplicación de cada principio constitucional, equivale a dejar de aplicar a la misma Constitución.

Ahora bien, tanto los valores constitucionales como los principios, juegan una función dentro del sistema jurídico salvadoreño; para el caso de los valores, estos son normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema, que ayudan a distinguir el mejor significado de la norma entre los diversos posibles.²⁴⁷

organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.; **Art. 2.-** Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.”

²⁴⁵ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús. “*Principios Generales del Derecho y Constitución*” en la RAP. Centro de Estudios Constitucionales, N° 114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987. P. 10. “(...) que entre los “principios” y las “normas” stricto sensu no hay diferencia de naturaleza, sino sólo de estructura y de función: ambos tipos de preceptos forman parte del ordenamiento jurídico y son, por ello, en igual medida. Derecho objetivo, aunque difieren en su estructura, en las funciones que desempeñan y en el lugar o rango que ocupan dentro del mismo (...)”,

²⁴⁶ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

²⁴⁷ Vid. FREIXES SANJUAN, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. “*Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional*” en la Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, N° 35, mayo – agosto, 1992. Pág. 101. Citando a G. Peces Barba (*Los Valores superiores de la Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984) exponen que: “(...) entiende que los valores incorporan contenidos materiales a la constitución, asegurando en este sentido la unidad del ordenamiento, y considera que legitiman el Derecho, complementando la finalidad integradora de la constitución.”

Por su parte los principios constitucionales, una vez determinados adquieren proyección normativa y son instituciones jurídicas, vinculantes para los poderes públicos; como bien lo expresa García de Enterría, al mencionar que: "(...) desde Savigny, los principios Jurídicos se configuran como Instituciones con valor normativo, admitiéndose que en el derecho, además de reglas y valores, existen principios que precisamente identifican a cada ordenamiento concreto.²⁴⁸ Principios que están reflejados de forma individualizada en cada Estado particular; sin embargo los principios reconocidos por ellos en alguna medida son idénticos, o en su caso con ciertas particularidades.

En ese sentido la Sala de lo Constitucional en su sentencia definitiva del trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, ref. 407-97 del proceso de amparo, resolvió que: "La Constitución como norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, presenta una diversidad de normas que no se circunscriben únicamente a regular derechos y garantías a las personas (...) En ese sentido, debe aclararse que no toda disposición de la Constitución regula derechos a favor de las personas, pues habrán algunas, que serán simple enunciación de principios y valores constitucionales, que sirven como directrices del mismo ordenamiento, otras,

²⁴⁸ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, 1984. El autor expone la importancia jurídica que poseen los principios en el derecho, y dejan de ser solo directrices subjetivas para convertirse en imperativos normativos. También Vid. BREWER CARIAS, Allan-Randolph, en *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Ob Cit.* pp. 30-31. "De los principios consagrados en la Constitución, de las normas por ella trazadas, así en su parte dogmática como en su parte orgánica, deben ser simple desarrollo las leyes y disposiciones que con posterioridad a la misma se dicten, y tan inconstitucionales y, por consiguiente, abusivas, serían éstas si de tal misión se excedieran, como inconstitucionales y también abusivos lo serían cualesquiera otros actos de los Poderes Públicos que abiertamente contravinieren lo establecido en la Ley Fundamental."

con carácter organizador o regulador de la institucionalidad del Estado, a través del control político de sus órganos y funcionarios públicos (...)"²⁴⁹

En el análisis de la Sala se identifica un razonamiento que consiste en que los valores y principios orientan al ordenamiento jurídico, en su interpretación y en su aplicación; pero a la luz de la naturaleza de los principios, al estar contenidos en una norma constitucional, son de aplicación concreta, y que efectivamente limitan el poder del Estado; por tanto los principios de legalidad, igualdad, prohibición de arbitrariedad y seguridad jurídica; entendidos no como derechos, ni mucho menos como directrices de interpretación de una norma; son parámetros de control y límites a la administración pública.

De lo anterior se desprende la importancia de los principios constitucionales, para el análisis de la vinculación constitucional que tiene el precedente administrativo, porque estos principios vinculan de forma directa a la actividad administrativa, al regular en el art. 246 inc. 1º de la Cn que: "Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.", reconociendo de esta forma el carácter normativo de los principios constitucionales, dentro de la Constitución de El Salvador.

Sin perjuicio de lo anterior, los valores y principios constitucionales carecen de orden jerárquico interno, porque la Constitución no lo ha determinado de esa forma; la jerarquía existente entre valores y principios, en el caso del art. 1 de la Cn, se establecen los valores o fines del Estado, en

²⁴⁹ Vid. SSCNS del proceso bajo la ref. 407-97, del 13/11/98. La Sala ha expuesto que las normas que contiene la Constitución de la república, no son todas de la misma naturaleza, porque dentro de la misma están las normas orgánicas que no brindan derechos a los administrados, sino que son las directrices fundamentales, que coordinan el funcionamiento del Estado, limitando y otorgando ciertas facultades a sus órganos y demás dependencias.

ella se centra la actividad global del Estado poniendo como principal protagonista a la persona humana como destinatario de tal actividad²⁵⁰; con ello establece que los valores constitucionales están un plano jerárquico superior a los principios, por lo que los valores constitucionales son el fundamento de cada principio, y de manera inversa cada principio tiene una relación de complementariedad, en la medida que son expresión concreta de cada valor plasmado en la constitución²⁵¹, y que limitan a los órganos del Estado de manera directa a su estricto cumplimiento.

El carácter vinculante de la administración a sus decisiones, radica esencialmente en la aplicación de los principios constitucionales; por que la constitución es la fuente y fundamento de todo el ordenamiento jurídico²⁵²; y las demás leyes están sometidas y subordinadas a la propia constitución²⁵³; de ahí que los principios constitucionales son los parámetros limítrofes entre las potestades de los diferentes órganos constitucionales y en especial de la

²⁵⁰ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983...*Ob Cit.*; Vid. *SSCNS de fecha 19/08/96, bajo la ref. 1-92*. La jurisprudencia constitucional ha clarificado el sentido personalista de los fines del Estado: "de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado (...), [ya que] estos 'fines' estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos 'fines' de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria"

²⁵¹ Vid. FREIXES SANJUAN, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Ob Cit.*, p. 105. "(...) podemos afirmar que los principios tienen una relación de complementariedad con respecto a los valores superiores, puesto que ambos son determinantes para la concreción de las reglas."

²⁵² Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y ETAL. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Centro de Información jurídica del Ministerio de Justicia, 2º Edición, San Salvador, 1996., p. 45. Exponiendo las razones por las cuales podemos considerar a la constitución como fuente de derecho establecen que "(...) es además la fuente formal de mayor jerarquía, primacía que ella misma reconoce en el art. 246 inciso 2º, de donde resulta todas las fuentes del derecho, incluida la ley, tiene la posición que la constitución les adjudica (...)"

²⁵³ Vid. JAIME WILLIAMS. "*Las Fuentes del Ordenamiento Jurídico en Chile*", en la revista de Ciencias Jurídicas. Proyecto de Reforma Judicial República de El Salvador, N° I, año I, San Salvador, 1991., p. 242. Como consecuencia de su supremacía, todas las restantes fuentes formales se subordinan a ella, esta subordinación, expone el autor puede ser: " a. Subordinación de carácter formal que consiste en que las otras fuentes formales deben ser creadas por los órganos y los procedimientos que la propia constitución establece; y b. Subordinación material, es decir, que las restantes fuentes formales no pueden contradecir el contenido material de la constitución"

administración pública al ser expresión directa de cada valor constitucional plasmado en el art. 1 Cn.

Ahora bien, el argumento que reviste al precedente administrativo es el de igualdad ante la ley; además de otros principios complementarios que robustecen la fuerza vinculante, como lo es el principio de seguridad jurídica, y prohibición de arbitrariedad.

En el derecho administrativo, debido a la naturaleza de derecho público, el Estado actúa con el poder de *imperium*, esa es la razón, que las actuaciones administrativas deben estar sometidas bajo los principios constitucionales; porque estos forman un sistema de control de la discrecionalidad de la administración²⁵⁴; frente a los administrados quienes son destinatarios de dichos actos.

A modo de conclusión, los principios son importantes para el análisis de cualquier institución jurídica, en especial la del precedente administrativo; los principios son límites a los órganos constitucionales, en especial énfasis en la administración pública, por lo que en las siguientes líneas se abordaran los principios constitucionales que fundamentan la vinculatoriedad de la administración pública al precedente administrativo.

²⁵⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.* p. 10. El autor expresa con respecto a la utilización de los principios generales del derecho – entendidos estos como los principios constitucionales- que: “La importancia de los principios generales es aún mayor en el campo del Derecho administrativo. Las especiales características históricas y estructurales de esta rama del ordenamiento hacen que una adecuada utilización de los principios generales sea imprescindible para controlar la discrecionalidad de la Administración. Sin principios generales no es posible actualmente un Derecho administrativo que ofrezca unas mínimas garantías al administrado” de igual forma Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1980., pp. 67- 73 y 400 -405.

14. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD FRENTE AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

Uno de los principales pilares de la vinculación de la administración al respeto del precedente administrativo, se encuentra enraizado con el principio de igualdad²⁵⁵; este principio a la luz de la doctrina administrativa, tiene amplia relación por considerar que la igualdad de los administrados, es la principal limitación de la administración al momento de separarse de un criterio mantenido, en casos que poseen semejanza objetiva y subjetiva; por lo que el trato diferenciado de situaciones iguales, representa una arbitrariedad e injusticia para los administrados; sin embargo se reconoce que el principio de igualdad no puede aplicarse en todos los casos.²⁵⁶

La fórmula de que “se debe de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”; tiene que delimitarse por parámetros facticos materiales, es decir por circunstancias reales, y no solo por elementos formales; de ahí que se puede establecer que tanto un administrado “A” tiene iguales derechos que uno “B” y “C”, pero que tendrá únicamente la obligación “B” de responder a ciertas cargas tributarias; sin embargo este es un claro ejemplo de una igualdad material, en tanto “A,B,C” son iguales ante la ley”, pero en la

²⁵⁵ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. 1º Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 2005., p. 15. La autora califica a la igualdad como un principio al establecer que: “la igualdad es asimismo un principio porque marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones y permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida son llamados *universales o fundamentales*.”

²⁵⁶ Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1º Edición, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1993. , p. 385. “(...) el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos.”

aplicación de la ley solamente “B” tiene la carga frente a la Administración, y esta desigualdad se encuentra en factores reales.²⁵⁷

De ahí que el principio constitucional de igualdad, es fundamental para entender la verdadera vinculación de la administración a sus criterios precedentes; constituyéndose así uno de los pilares normativos²⁵⁸, doctrinarios²⁵⁹ y jurisprudenciales²⁶⁰; este principio consiste en la aplicación distributiva de justicia, sin caer en la confusión de ser una manifestación de tipo aritmético; al contrario es una garantía de proporcionalidad, en función de la naturaleza del sujeto a quien se le ampara, esa es la razón por la que se deben hacer ciertas consideraciones básicas, sobre este principio constitucional, para evitar confusiones, en su interpretación.

²⁵⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 313. “El concepto o idea de igualdad se refiere a una relación entre objetos. Se trata de un ente de razón lógico o matemático que pone en relación cantidades, cualidades, bienes, derechos, cosas, etc. A diferencia de otros derechos de libertad o seguridad que se refieren a una propiedad, la igualdad es un derecho *relacional*. Por ello, su contenido es más difícil de aprehender. La igualdad establece una relación comparativa entre elementos, cosas, hechos o personas que son diferentes en algún aspecto, de lo contrario había identidad, no igualdad.”

²⁵⁸ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. “Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.”

²⁵⁹ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica*. 1° Edición. Consejo Nacional de Judicatura- Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2004. “El carácter referencial del derecho a la igualdad, en el sentido que aquél que lo invoque es obligado a hacer una comparación frente aquello que apriorísticamente el legislador, el Juez o la Administración considera igual o desigual, en su contra.”; vid. BAÑO LEON, José María. “*Igualdad como Derecho subjetivo Publico*” en RAP, Centros de Estudios Constitucionales, Núm. 114. Septiembre-diciembre, Madrid. 1987., p. 186. “Parece que puede convenirse sin dificultad que la igualdad es el derecho a un trato no discriminatorio. Esto quiere decir que los poderes públicos que inmediata y directamente están vinculados por la igualdad no pueden realizar actividades discriminatorias. Ninguno de los poderes del Estado puede basarse en criterios irrazonables o carentes de una justificación racional.”

²⁶⁰ Vid. STCE 8/1983, de 18 de febrero de 1983. “Si a tal conclusión se llegara, se estaría desconociendo el superior valor que en el régimen democrático tiene el principio de igualdad básica de todos los ciudadanos, y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma superior, proclama.”

14.1. La Estructura de la Igualdad.

El problema de la igualdad es la indeterminación de su significado; por ejemplo, si se dice que “X” es libre, se establece que la libertad es una cualidad de un sujeto, mientras que al establecer que “X” es igual, nacen las interrogantes: ¿igual a qué? o ¿igual entre quienes?, de ahí que la igualdad debe de tomar en cuenta el contexto en que se desarrolla; la igualdad se refiere entonces a un tipo de relación entre sujetos u objetos y no es una cualidad, por eso en la construcción jurídica del art. 3 Cn²⁶¹ al establecer que: “Todas las personas son iguales ante la ley...”, determina el contexto, en que las personas son iguales, de ahí que se considera a la igualdad como un derecho relacional.²⁶²

No se puede establecer que la igualdad constitucional comprende todas las posibles manifestaciones de la igualdad, el autor Ricardo Mena Guerra, explica que la igualdad ante la ley contemplada en el art. 3 Cn, es una norma incompleta, la cual posee verdadera aplicación en tanto exista una ley²⁶³; lo que se limita a establecer una igualdad ante la ley o en la

²⁶¹ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

²⁶² Vid. CARBONELL, Miguel (Compilador). El principio Constitucional de Igualdad. 1° Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003. “El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como *relación* entre personas, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a *propiedad* alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica, como los de libertad o seguridad.”

²⁶³ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho...Ob Cit.*, p. 94. Citándolo textualmente, expone que: “La Constitución salvadoreña prescribe que todas las personas son iguales ante la ley, expresión carente de significado preciso, como muchas disposiciones constitucionales. Se trata de una especie de norma incompleta que, para rendir verdaderos efectos, queda supeditada a la existencia de una ley, sin la cual no es posible su operatividad, encontrándose en un estado de quiescencia o de potencialidad.”

aplicación de la ley, como formas de la igualdad constitucionalmente reconocidas.²⁶⁴

En el derecho Salvadoreño al igual que en otros países, la igualdad se presenta como una exigencia de equiparación o como una exigencia de diferenciación; la primera exigencia se refiere a que, no se trate de equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que exista diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer desigualdades entre aquéllas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes.

Con este razonamiento nace el principio de no discriminación;²⁶⁵ la valoración entre diferencias relevantes o irrelevantes, está condicionada a la adopción de valores en la sociedad históricamente condicionadas²⁶⁶; no por la existencia de diferencias objetivas, como lo es la diferencia entre hombre y mujer, altos y pequeños; y mucho menos por diferencias subjetivas, como lo es la diferencia de creencias, religión, etc.

La igualdad como exigencia de diferenciación, nace como la necesidad de considerar de manera diferente, aquellas situaciones que parecen semejantes, pero que necesitan de una regulación jurídica diferente,

²⁶⁴ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica*. 1º Edición. Consejo Nacional de Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2004., p. 10. Entre las cualidades o facetas de la igualdad mencionan: la igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley; igualdad de trato formal; igualdad de trato como equiparación; igualdad de trato como diferenciación; igualdad como generalización; la igualdad como valor y como principio; la igualdad como derecho, etc.

²⁶⁵ Vid. RODRIGUEZ MELENDEZ, Roberto Enrique. “Una Introducción al Art. 3 de la Constitución: Aspectos generales sobre el Derecho de Igualdad” en AAVV, *Revista Justicia de Paz*, AECJ-CNJ, año VI, Vol. I, Mayo-Agosto, El Salvador. 2003., p. 27. Así, en los casos de diferencias por rasgos físicos, caracteres y cualidades de los seres humanos, la ley no puede establecer un trato discriminatorio por dichas cualidades.

²⁶⁶ Vid. BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. S.E. Ediciones Paidós. España, 1993., p. 74. “Baste considerar las justificaciones que han sido adoptadas en muchos casos para las sucesivas ampliaciones de los derechos políticos, para darse cuenta de que una diferencia planteada como relevante en un determinado período histórico (para excluir ciertas categorías de personas de los derechos políticos) no ha estado considerada relevante en un período político posterior.”

de esta forma se considera a la igualdad como una situación dinámica²⁶⁷, en la que se aplica el principio de razonabilidad, la cual puede considerar relevante o irrelevante las condiciones dentro del ordenamiento jurídico y su debida justificación frente al art. 3 de la Constitución de El Salvador.

¿Cuándo se debe de dar a través de la ley a los individuos un trato igual, por considerarlos dentro de una misma categoría, y cuando debo crear categorías distintas, para mantener la igualdad como trato diferenciador? La respuesta no es absoluta y se deberá atender, las circunstancias que envuelven a los sujetos, como por ejemplo, muchas ocasiones la ley crea categorías diferenciadoras como por ejemplo: la edad, patrimonio, nivel académico, o el tipo de trabajo desempeñado; y dentro de estas crea prohibiciones de discriminación por condiciones de raza, sexo, nacionalidad, condición física o religión.

Por tanto, la frase que “se debe de tratar igual a los iguales; y desigual a los desiguales”, como bien lo expresa Robert Alexy,²⁶⁸ no contiene ningún criterio de valorización, es decir no hace ningún juicio de valor puesto a que no establece la relación que ha de tratarse como igual, o como desigual. Al contrario la aplicación de esta fórmula en casos concretos frente a situaciones fácticas, comprende la adopción de criterios de valorización determinados por las circunstancias formales y materiales de los sujetos; es ahí en donde al establecer el tipo de relación entre dos o más sujetos de derecho, se deben de mantener los criterios de diferenciación y equiparación, en base diferencias relevantes.

²⁶⁷ Vid. *SSCNS del proceso ref. 28-2002, del 08/04/2003*. “(...) Esta exigencia de diferenciación entraña el no considerar la igualdad en sentido estático, sino dinámico. En ese sentido, en cualquier sector de la realidad que deba ser regulado normativamente, coexisten una serie de igualdades y desigualdades que no pueden ser eludidas. Es más, si no se tienen presentes esas condiciones estructurales de la realidad, la igualdad se tornaría en una noción vacía.”

²⁶⁸ Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...Ob Cit.*, p. 388. El autor expresa que: “La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa.”

De ahí se comprende que el principio de igualdad, influye de forma directa en la formación y respeto del llamado precedente administrativo, estableciendo criterios relevantes de equiparación, que destruyen todo intento arbitrario de discriminación por diferenciación o viceversa; creando una vinculación por la aplicación de este principio que establece un trato igual ante situaciones iguales²⁶⁹, que en el caso en concreto estarán determinadas por el acto anterior que constituye un precedente administrativo, frente al nuevo acto, que presente una serie de circunstancias fácticas y jurídicas que permitan deducir que poseen una identidad tanto de hecho como de derecho.

14.2. La Igualdad Ante la Ley, en la Ley y en la Aplicación de la Ley.

La igualdad, establecida en el Art. 3 la constitución de El Salvador, como se expresó en el tema anterior, se refiere a una igualdad legal, no obstante, dicho artículo crea categorías con particularidades cuya aplicación difiere desde el ámbito en que se analice;²⁷⁰ por ello se establece la diferencia entre cada faceta de la igualdad, porque no obstante se derivan del derecho general de igualdad, al analizar el principio de igualdad constitucional, de observan diferentes ámbitos de aplicación.

Entre las categorías que se han identificado en la doctrina son: a) la llamada igualdad ante la ley, que hace referencia a un principio general

²⁶⁹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob cit.*, p. 305. “La conexión entre la idea de igualdad y la técnica del precedente es una constante en los sistemas adscrito a la tradición jurídica occidental. El principal fundamento de la posible vinculatoriedad o mejor dicho de la aplicabilidad de traduce en justicia formal, en el sentido de que los casos semejantes requieren tratamientos similares.”

²⁷⁰ Vid. RODRIGUEZ MELENDEZ, Roberto Enrique. “*Una Introducción al Art. 3 de la Constitución*”...*Ob Cit.*, p. 20. “La norma constitucional además establece criterios o categorías específicos por los cuales no pueden establecerse diferenciaciones en la ley o en su aplicación. De ello se colige que está implícito en la idea de igualdad, la necesidad de determinar qué ha de considerarse como igual”

relacionada a la concepción histórica; b) igualdad en la ley, que promulga que la ley es igual para todos; y c) la igualdad en la aplicación de la ley; cuyos postulados son de imperante necesidad, conocer, porque este es el aspecto más relevante del principio que se relaciona de forma directa con el análisis del precedente administrativo en la actualidad.²⁷¹

14.2.1. La Igualdad Ante la Ley.

La igualdad frente a la ley, es una concepción histórica, que nace en las concepciones liberalistas a partir de los planteamientos de Juan Jacobo Rousseau durante la revolución francesa²⁷², en la cual se postulaba una igualdad ante la ley²⁷³, como una forma de acabar con las desigualdades de la sociedad, por la existencia de un desbalance de la riqueza y poder dentro del régimen monárquico, en este contexto este principio significaba que todos los hombres tuvieran la misma capacidad jurídica.²⁷⁴

Esta concepción de la igualdad encontró diversas interpretaciones entre las cuales se encuentra la igualdad real y la igualdad civil; estas concepciones se relacionan estrechamente, mientras que la igualdad civil se

²⁷¹ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas...Ob Cit.*, p. 1. “La igualdad se presenta así como algo de lo que todos pueden hablar e interpretar de diversas maneras; sin embargo, la igualdad jurídica tiene manifestaciones explícitas y genera obligaciones muy concretas. De manera que habrán de identificarse los campos de su aplicación y los sujetos vinculados a su promoción, para entonces contar con elementos suficientes que expliquen la manera en que puede ponerse en marcha, al tiempo que pueda también hacerse exigible.”

²⁷² Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael. “*El Principio de Igualdad ante la Ley y su Aplicación en el Derecho Administrativo*” en RAP, Centro de Estudios Políticos. N° 37, enero abril, Madrid, 1962., p. 63. “El principio de igualdad ante la ley, como todos los principios jurídicos, es un principio histórico. Nace en un momento determinado, como consecuencia del esfuerzo de una serie de autores; describe una línea evolutiva, y es posible, en abstracto, admitir la hipótesis de que llegue un momento en que deje de existir.”

²⁷³ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica...Ob cit.*, p. 10. “Tal como se ha relacionado, la concepción original de los revolucionarios liberales con relación a la igualdad, era la de una igualdad ante la ley.”

²⁷⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 10. “Para los revolucionarios franceses que consagraron este principio, la igualdad significaba que todos los hombres tuvieran la misma capacidad jurídica; es decir, significaba la abolición de un sistema jurídico estamental basado en estatutos privilegiados.”

refiere a la posibilidad que todos los hombre gocen de igualdad de derechos, la igualdad real hace referencia a la garantía para que todos los derechos de las personas puedan ser ejercidos.²⁷⁵

El principio de igualdad ante la ley requiere que la ley sea universal, general y abstracta; este principio ha tenido amplio desarrollo en el derecho y sobre todo en las constituciones de la mayoría de las naciones democráticas, la igualdad ante la ley establece que existe igual protección en las leyes, este principio tiene una problema de interpretación, porque al tener el componente de universalidad, esta propenso a diversas concepciones; por ejemplo Norberto Bobbio ha discutido si este principio está destinado a los legisladores o los jueces²⁷⁶, pero al ser universal comprende aspectos tanto de su creación, así como también de su aplicación.

La manifestación concreta de la igualdad ante la ley se encuentra plasmada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,²⁷⁷ que en su art. 8 establece que: “Todos son iguales ante la ley y tiene, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” Por tanto la

²⁷⁵ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael. “*El Principio de Igualdad ante la Ley...*” *Ob Cit.*, p. 64. “Sentadas así las bases de este nuevo principio, se tendería en lo sucesivo a aplicarlo en las distintas ramas del Derecho. Pero esta aplicación variará según la interpretación que al mismo se dé. En este sentido pueden contraponerse dos posibles concepciones: la igualdad civil y la igualdad real. Consiste la primera en la igualdad de aptitudes de todos los hombres para disfrutar de los derechos, mientras que la segunda propugna que se garantice a todos los hombres un ejercicio actual de los referidos derechos.”

²⁷⁶ Vid. BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad...Ob Cit.*, p. 72. “No obstante su universalidad, tal principio está lejos de ser claro y ha dado lugar a diversas interpretaciones, prescindiendo en esta ocasión de la disputa, que afecta más propiamente a la teoría jurídica, acerca de la eficacia del principio: a saber, si está dirigido a los jueces o también al legislador.”

²⁷⁷ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas...Ob cit.*, p. 49. “La igualdad ante la ley fue así una conminación para aquellos que aplican la ley a no hacer distinciones o excepciones que no estuvieran previstas por la propia ley. Nacida de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirma la universalidad de los derechos, esta igualdad crea un derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en los derechos.”

igualdad ante la ley comprende además su protección en la aplicación de la ley.

De ahí que el principio general de “igualdad ante la ley”, se divide en “la igualdad en la ley”, y en la “igualdad en la aplicación de la ley”,²⁷⁸ comprendiendo de esta forma el problema de la aplicación del principio universal de igualdad, reduciéndolo a ámbitos de análisis determinados, los cuales brindan una amplia valoración de su aplicación en los órganos del Estado.

14.2.2. La Igualdad en la Ley.

La llamada “igualdad en la ley”, vincula el principio de “igualdad ante la ley” a la labor legislativa²⁷⁹, y lo hace al establecer un imperativo juicio de imparcialidad, por el legislador y establece que ante supuestos iguales, las consecuencias deben de ser las mismas, limitando la labor legislativa a prohibir en ciertos casos la discriminación directa o indirecta en las leyes secundarias, cuando no exista realmente criterios validos de diferenciación.

Este tipo de igualdad está referida al componente abstracto de la ley, a la creación jurídica de normas que pueden crear tratamiento desigual ante supuestos y sujetos en la misma condición; constituyéndose así como un

²⁷⁸ Vid. OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente Judicial*. 2º Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005., p. 23. “La regla general de la igualdad frene la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución se bifurca, por tanto, Contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley, que pasa a conceptuarse como igualdad en la ley, constituyendo un límite puesto al ejercicio del poder legislativo. Junto a esta exigencia surge la igualdad en la aplicación de la ley, que limitará la tarea de los órganos encargados de su aplicación”; de igual forma, Vid. STCE 8/1986, del 21 de enero de 1986, la cual expone de forma clara tal distinción, en la jurisprudencia española, expone y hace énfasis en una “igualdad ante la ley y ante la aplicación de la ley”.

²⁷⁹ Vid. CARBONELL, Miguel (Compilador). *El principio Constitucional de Igualdad*. 1º Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 230. Dentro del análisis del principio de igualdad identifica y relaciona a la igualdad en la ley con la labor legislativa y lo hace al exponer que: “La igualdad en la ley. Se trata de un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas.”

límite formal de la actuación del legislador, en el alcance de la ley, mediante la jurisprudencia se ha establecido, que este principio, no establece que el legislador debe de colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas.²⁸⁰

Además de un límite formal en la formulación de la ley, también la igualdad constituye un límite material, configurándose así, la igualdad en la ley, la cual establece una regla la cual establece que ante situaciones similares, las consecuencias deben de ser las mismas, traduciéndose como lo ha sostenido el TSE en una *igualdad de trato*.²⁸¹ Esta faceta del principio de igualdad, no es de carácter absoluto porque en la realidad aun con las aspiraciones del art. 3 de la Cn, es claro en existen desigualdades entre las personas.²⁸²

De ahí que es la misma constitución la que plantea un trato diferente, como ejemplo, la regulación la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores contemplado en el art. 37 Cn; la atención de salud de los que carecen de recursos económicos, el cual está establecido en el art. 66 de la Cn; los extranjeros están sujetos a un régimen especial art. 100 Cn., al

²⁸⁰ Vid. SSCNS de fecha 14/12/1995, ref. 17-95. Considerando X. “(...)Es evidente que el mandato constitucional no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas (...) Por lo tanto, el principio general de igualdad que vincula al legislador no puede exigir que todos los sujetos jurídicos deban ser tratados exactamente de la misma manera ni tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos”.

²⁸¹ Vid. STCE 49/82, de 14 de julio. La cual estableció que: “no es impertinente recordar que, como tiene con reiteración señalado este Tribunal, el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la Ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.”

²⁸² Vid. RODRIGUEZ MELENDEZ, Roberto Enrique. “Una Introducción al Art. 3 de la Constitución”...*Ob Cit.*, p.28. “La igualdad considerada en el Art. 3 de la Constitución es en principio la igualdad jurídica que no veta un tratamiento diferenciado, sino uno discriminatorio. De ello se sigue que la igualdad constitucionalmente consagrada es la igualdad jurídica, igualdad ante la ley, que esa igualdad no se corresponde con la idea de igualdad real y que su alcance se circunscribe a que de iguales supuestos de hecho, deben derivarse idénticas consecuencias jurídicas, y que lo que la Constitución prohíbe, es la discriminación, no la diferenciación.”

principio de reciprocidad para poder adquirir bienes rústicos art. 109 Cn, o bien diferenciados frente los nacionales, en materia del ejercicio del comercio, industria o prestación de servicios en pequeño art. 115.

En esa misma línea de ideas, se plantea de forma generalizada que surge una contradicción, en la cual por una parte la igualdad en la ley, plantea un trato semejante a las personas, pero al mismo tiempo ordena la constitución al legislador y a otros funcionarios públicos, que realicen lo necesario para que ante una situación de inferioridad de los individuos, hagan lo posible para superar tal situación y que alcancen una igualdad real.

14.2.3. La Igualdad en la Aplicación de la Ley.

La igualdad implica no solo una protección en contra de la arbitrariedad que el legislador puede realizar al crear las leyes, sino frente a los operadores jurídicos²⁸³ encargados de aplicar las normas, por tanto, los órganos administrativos como los órganos jurisdiccionales, están obligados a respetar y aplicar de forma directa la igualdad reconocida en la constitución, la SCNS ha establecido de forma clara que tanto los órganos sean jurisdiccionales o administrativos, deben aplicar de forma semejante la ley, ante situaciones semejantes.²⁸⁴

²⁸³ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica...Ob cit.*, p. 11. “La igualdad también impone un límite a la actuación de los poderes públicos que aplican la ley, porque estos son los que mayores posibilidades tienen de imponer un trato desigual a las personas, el cual puede ser discriminatorio”.

²⁸⁴ Vid. *SSCNS del proceso bajo la referencia 317-97, de fecha 26/08/1998*. “Por tanto, puede concluirse que el derecho a la igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: (a) la igualdad ante la ley; y (b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. Según la segunda, cuya aplicación se hace [principalmente] en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar a los análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad.”

La igualdad en la aplicación de la ley, se vincula con el respeto al precedente sea este administrativo o judicial²⁸⁵, porque es precisamente la aplicación del precedente, lo que determina arbitrariedad o no en la aplicación de la ley; pero se advierte que la aplicación de la ley no debe entenderse de carácter inmutable, porque no se puede negar que, entre la arbitrariedad y desigualdad de y trato, no son conceptos iguales, y esa es la razón por lo que se tiene que tener en constante actualización los criterios de aplicación de la ley, en los casos concretos para que la norma sea vigente y válida en el tiempo.²⁸⁶

La aplicación de la ley por parte de administración pública, conlleva a analizar nuevamente las facultades regladas y discrecionales; esto permite entender que solo cuando existe ese margen de elección, se puede configurar una desigualdad en la aplicación de la ley, porque en las facultades regladas lo que impera es la estricta legalidad de los actos de la administración, lo que origina una interpretación personalizada, sino una única interpretación y aplicación obligatoria de la ley.

En cambio la discrecionalidad permite una gama de opciones legales, que en gran o poca medida pueden configurar una arbitrariedad sino se

²⁸⁵ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas...Ob Cit.*, p. 71. “La igualdad en la aplicación de la ley se conecta así con el respeto del precedente por el propio órgano y con la sujeción a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores. Dos datos deben destacarse en esta configuración de la igualdad: por un lado, la igualdad de situaciones (sustancialmente iguales) y la idea de arbitrariedad, y no razonabilidad (o motivación) de la diferencia de solución dada, de actuación de forma desigual en supuestos sustancialmente iguales. Sin embargo, la propia dinámica jurídica exige también una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento.”

²⁸⁶ Vid. OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley...Ob Cit.*, p. 45. El autor al abordar hace un análisis de las circunstancias que rodean al hecho de adecuar la norma a la realidad, exponiendo que la expresión de norma vigente no se encuentra en sí misma, ya que no posee una norma un significado originario sino que es la adecuación a la realidad en la que se desarrolla la que le da el verdadero carácter de válida; citándolo textualmente expresa: “El texto legal cobra y expresa sentido jurídico sólo en la medida en que enlaza con esa realidad, cuyos elementos discierne hasta transformarla de social en propiamente jurídico. Lo vigente en términos estrictos no es la norma en general, que será o no formalmente válido, sino aquél de sus sentidos que mejor plasma las exigencias de la historicidad jurídica.”

respetar el principio de igualdad en la aplicación de la ley.²⁸⁷ Por tanto, la igualdad en la aplicación de la ley vinculada con el precedente administrativo, no puede establecerse que la administración pública, tenga un parámetro general en la aplicación y ejercicio de sus funciones administrativas.

Es indiscutible, que incluso con la variedad de circunstancias que pueden rodear a un hecho, los criterios mantenidos por la administración, configuran el desarrollo de criterios comparación ideal, que permiten realizar el juicio de semejanza en situaciones presentes, como una manifestación de una igualdad en “la forma de aplicar un razonamiento lógico” para fundamentar y brindar una seguridad jurídica en sus resoluciones; esto constituye la base de la concreción jurisprudencial del precedente administrativo, cuyas bases son sostenidas precisamente por la igualdad en la aplicación de la ley.

14.3. Vinculación del Precedente Administrativo con el Principio de Igualdad.

La igualdad en la aplicación de la ley²⁸⁸, se relaciona con el precedente administrativo y responde a la exigencia de equiparación entre dos sujetos en iguales condiciones frente a la administración pública, en esencia este principio al relacionarlo con el precedente administrativo, el TC

²⁸⁷ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael. “El Principio de Igualdad ante la Ley y su Aplicación en el Derecho Administrativo” en RAP, Centro de Estudios Políticos. Nº 37, enero abril, Madrid, 1962., pp. 67-68. Citando de forma literal, el caso de la aplicación de este principio a las facultades discrecionales, el autor expone que: “(...) ofrece especial interés este extremo en cuanto al control del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, que deberá adecuarse en todo caso a las exigencias propias de este principio general.”

²⁸⁸ Vid. OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley...Ob Cit.*, pp. 23 y 24. “Los elementos básicos de esta segunda versión del principio de igualdad serán cuatro, fácilmente identificables (...) De la simple aplicación de un *mismo precepto* se ha pasado a exigir también que corra a cargo de un *mismo órgano*, lo que produce una sustancial restricción del campo de juego con relevancia constitucional. Se mantiene la exigencia de que se trate de casos iguales pero, a la hora de ahondar en la desigualdad de trato, las *motivaciones arbitrarias* dejan su puesto a una *modificación arbitraria del sentido* de la decisión (...)”

ha establecido que un mismo órgano no puede modificar de manera arbitraria el sentido de sus decisiones en casos iguales y en los casos se separe el órgano administrativo o judicial de su precedente, tiene que brindar una fundamentación, que sea suficiente y sobre todo razonable, no solo frente a la ley formal que rige su ejercicio, sino a través de la aplicación directa de los principios contenidos en la Constitución.²⁸⁹

Lo anterior, reconoce la no petrificación de las diversas condiciones de igualdad dentro los administrados, al hacer alusión a la antigua locución: “*ubi eadem rationes, ibi eadem dispositio*”²⁹⁰; la cual significa que ante dos situaciones iguales debe de existir igual solución; lo cual es aplicable siempre y cuando no se vulneren los principios constitucionales y sobre todo el interés público por el interés particular.

El precedente administrativo, toma la estructura del principio de igualdad y esa es una de las razones principales por lo que al estudiar al precedente administrativo, de forma necesaria se hace alusión a la igualdad en la aplicación de la ley; lo que implica que el precedente y la igualdad tiene un esquema similar de funcionamiento interno el cual consiste en un juicio de comparación entre dos hechos distintos, pero semejantes en cuanto a los elementos objetivos.

En la doctrina, se establece que el juicio de la igualdad recae, en dos elementos, el primero es fijo, el cual es el elemento estándar o término referente; el segundo, es el criterio relevante de comparación, denominado

²⁸⁹ Vid. STCE 49/1982 y STCE 63/1984, de forma literal expresan que: “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”

²⁹⁰ Vid. NICOLLIELO, Nelson. *Diccionario del Latín Jurídico*. Editorial B de F. Reimpresión. Buenos Aires. 2004., p. 278. “*Ubi eadem rationes, ibi eadem dispositio*: Donde existen iguales razones debe recaer igual decisión.”

“*tertium comparationis*”²⁹¹; el criterio de comparación del precedente administrativo debe de estar claramente establecido, mediante elementos lógicos que permitan una fundamentación o justificación racional al pretender descartar determinadas situaciones.

La SCNS se ha pronunciado sobre la importancia de la existencia de un parámetro de comparación, porque la igualdad o desigualdad de una persona sobre otra, no está implícita en la naturaleza misma, de ahí que al citar textualmente uno de sus razonamientos expresa que: “(...) claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación, comúnmente denominado *tertium comparationis*; y éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración.”²⁹² El término de comparación puede ser establecido, no por cualquier circunstancia que se pretenda utilizar; en este punto no se debe de dejar de lado que, el término de comparación no debe de responder a diferencias irrelevantes.

Una vez identificado los elementos referentes y el criterio de comparación se hace un juicio de semejanza, el cual tendrá como finalidad la de establecer las igualdades o desigualdades, que tienen los actos administrativos y los sujetos, para establecer la existencia de un precedente

²⁹¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.* p. 313.La autora expone de manera coherente que la igualdad y el precedente comparte su estructura interna, por lo que la *tertium comparationis* para el caso del precedente la constituyen los pronunciamientos previos de la administración pública.

²⁹² Vid. *SSCAS del proceso de amparo ref.1263-2002 del 07/01/2004*. El criterio de valoración necesario para este juicio de semejanza, la sentencia expone de forma clara que no es arbitraria, no obstante existe una libertad, por lo menos en ciertos casos de determinarla, siempre bajo el estricto control de la legalidad administrativa.

administrativo, labor que se torna cada vez más difícil en la medida que la vinculación de los órganos jurisdiccionales rechazan toda vinculación al precedente administrativo.²⁹³

Sin perjuicio de lo anterior en El Salvador la SCAS se ha manifestado, sobre la relación del principio de igualdad con el precedente que: “La doctrina ha asentado que la aplicación del principio de igualdad tiene varias posibilidades, entre éstas, especialmente, la llamada vinculación del precedente; en efecto, la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias semejantes, viola el principio de igualdad; la administración, ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica.”²⁹⁴ En este razonamiento de la SCAS, se establece, que el criterio de comparación es constituido por dos actos administrativos, en que se realiza un juicio de semejanza entre el acto anterior y el actual.

Con relación a la violación del principio de igualdad, la SCAS ha expuesto que: “La violación al principio de igualdad en la aplicación de la ley es un concepto relacional que requiere de la presencia de dos elementos esenciales: por una lado, un término válido de comparación que ponga de manifiesto la identidad sustancial de los supuestos o situaciones determinadas y, por el otro, que se haya puesto de manifiesto un criterio inmotivado o con una motivación *intuitu personae* en la aplicación de la

²⁹³ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. 1º Edición. S. E. Colombia. S.F., p. 538. Citando de forma literal el autor expone que: “Los tribunales se someten así a la ley y rechazan cualquier criterio ajeno a ésta para enjuiciar la actividad administrativa, como puede ser el juicio de semejanza con respecto a los supuestos similares resueltos previamente por la administración.” En ese sentido se plantea que el juicio de semejanza solo servirá para la vinculación de la administración propia y de ninguna forma puede pretender vincular a los órganos judiciales, por la facultad revisora que ellos poseen.

²⁹⁴ Vid. SSCAS del proceso ref. 85-F-2004 del 02/10/2009. La sentencia en sus fundamentos de derecho hace una expresa relación entre la vinculación que tiene la administración a sus precedente y la aparente identidad objetiva de los actos impugnados.

norma”²⁹⁵ de ahí que la identidad sustancial debe de recaer en situaciones normativas y circunstanciales similares.

Lo anterior establece que para el caso del precedente administrativo, se debe de establecer con claridad los criterios de comparación, para luego determinar la posible desigualdad en las actuaciones administrativas y de igual forma establecer el motivo por el cual se está frente a un acto arbitrario, injusto y desigual. Con todas esas herramientas se analiza la verdadera vinculación que posee el precedente administrativo con el principio de igualdad constitucional.

15. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO FRENTE AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

La palabra "seguridad" deriva del latín *securitas atis*, que significa en su sentido común "cualidad de seguro o certeza", así como "cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente la previsibilidad de su aplicación"²⁹⁶; el componente de previsibilidad hace referencia al conocimiento de la aplicación de las normas jurídicas por parte de los órganos del Estado, lo cual tiene efectos jurídicos en los derechos de los administrados.

Esta es la razón, por la que el Dr. Ricardo Mena Guerra, expone que por seguridad jurídica se entiende como “la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no sea modificada más que por los procedimientos

²⁹⁵ Vid. SSCAS, del proceso con ref. 371-2007 del 24/02/2010. La sentencia es clara al establecer que sin embargo el precedente se constituye con un solo acto, la existencia de un segundo y demás consiguientes es necesario para poder establecer un control sobre la arbitrariedad de los actos, y establece de forma acertada que no se podrá hacer ningún juicio de semejanza si no existe un término de comparación frente a un criterio referente.

²⁹⁶ Vid. BOLIVAR GALINDO, Cielito (Directora). *Las Garantías de Seguridad Jurídica*. 2ª Edición, Colección Garantías Individuales, N° 2, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2005., p. 11. En este estudio, se hace un análisis del origen etimológico de la palabra seguridad, para luego profundizar sobre su conceptualización en el derecho.

regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente”²⁹⁷; este concepto hace alusión a que el conocimiento del derecho y de la forma de aplicarlo, evita que el mismo sea limitado por otros medios que no sean los establecidos en la ley.

Por otro lado para autor Ignacio Burgoa, explica que este principio, al relacionarse con la amplia gama de derechos de los administrados, se manifiesta como: “la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos”²⁹⁸; este autor amplía la visión del principio de seguridad jurídica estableciendo que no solo comprende un conocimiento de los derechos, sino que constituye una vinculación entre los derechos de los administrados y la obligación de su observancia por parte del Estado.

El principio de seguridad jurídica, tiene una vinculación de complementariedad con el principio de igualdad, este principio está ligado de forma estrecha con la actividad de la administración, esta es la razón de la vinculación que tiene con el precedente administrativo²⁹⁹, del análisis de dicha vinculación, se establece que el sistema jurídico no puede sustentarse en un único principio para establecer una vinculación de la administración a su precedente administrativo; y que la aplicación sistemática de la constitución a la construcción jurisprudencial del precedente administrativo,

²⁹⁷ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho...Ob Cit.*, p. 38. La seguridad jurídica según el autor, la relaciona con el conocimiento previo tanto de la aplicación de la ley y de los procedimientos frente a los administrados.

²⁹⁸ Vid. BURGOA O., Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 40ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2008., p. 504. El autor hace énfasis en la vinculación que tiene el estado, en la forma en que se aplica la ley, y sobre el respeto hacia los derechos del administrado.

²⁹⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p.13. el autor de manera clara expone la relación de complementariedad entre el principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica, al exponer que: “Además, los principios de seguridad jurídica y buena fe también fundamentan, como complemento del principio de igualdad, el carácter vinculante del precedente administrativo (...)”

tiene incidencia varios principios constitucionales entre los cuales también se destaca el principio de seguridad jurídica.

15.1. Construcción Jurisprudencial del Principio de Seguridad Jurídica.

Sin perjuicio, de la conceptualización realizada preliminarmente, el principio de seguridad jurídica, también ha tenido un desarrollo jurisprudencial que delimita y expone los elementos que lo conforman, el cual es reconocido por el inc. 1º del art. 1 del texto constitucional, cuando hace referencia a los fines del Estado al enunciar que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”³⁰⁰

Este artículo de forma expresa hace referencia al principio de seguridad jurídica, sin matiz alguno, pero sin embargo la seguridad jurídica es derivada del derecho general de seguridad, el cual tiene dos facetas, la primera constituida por el derecho a seguridad material³⁰¹ y el segundo por la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un principio constitucional, que es complementario al de igualdad en la aplicación de la ley, porque la relación simbiótica entre ambos es tan grande que si se establece que se aplica de manera igual la ley, en aquellos casos que se esté frente a una facultad

³⁰⁰ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

³⁰¹ Vid. *SSCNS del proceso ref. 15-98, del 07/09/2001*. En su dimensión de seguridad material: "equivale a un derecho a la tranquilidad, es decir, un derecho de poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores los bienes muebles o inmuebles que cada uno posee, o bien la tranquilidad de que el Estado tomará las medidas pertinentes y preventivas para no sufrir ningún daño o perturbación en la persona"

discrecional de la administración, entonces a partir de ahí, se crea un sentimiento de “seguridad” al administrado.

porque al conocer la aplicación legal de cada criterio de la administración, permite que en caso de encontrarse frente a una resolución contradictoria con otra anterior que sea ante el mismo órgano administrativo, que sobre el mismo asunto en casos similares, solo entonces se accionaran los mecanismos limitadores de la discrecionalidad administrativa, a través del análisis jurídico de los elementos del acto, y sobre todo bajo el parámetro de un juicio de semejanza entre el criterio mantenido y expresado en las resoluciones anterior frente a un inmotivado e irracional cambio de criterio.

La Sala de lo Constitucional, ha expresado en cuanto a este principio que: “la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, es la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.”³⁰²

De lo anterior se deducen dos manifestaciones de la seguridad jurídica, que el autor Luis Díez-Picazo, considera que la primera manifestación consiste, en la capacidad de conocer el alcance y los límites de las normas con anterioridad y la segunda consiste en la capacidad de prever la actuación de los poderes públicos.³⁰³ La jurisprudencia de la SCNS ha reconocido estas facetas de la seguridad jurídica que cuando expone que:

³⁰² Vid. .SSCNS del proceso de Amparo, ref. 305-99, del 19/03/2001. La sala es concluyente al establecer que el límite es la misma ley, es decir la predeterminación normativa, en este aspecto, el límite de la administración pública no es lo que esté prohibido por la misma, sino la limitante es lo que permite la ley a la administración pública.

³⁰³ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “La Doctrina del Precedente Administrativo”...*Ob cit.*, p.13. “Conviene distinguir dos aspectos de la seguridad jurídica. Por un lado, ésta debe poder ser predicada del *complejo normativo*. La seguridad jurídica es, en este sentido, la cognoscibilidad del significado y

“(...) relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad jurídica, todas ellas se pueden englobar en dos exigencias básicas: (a) corrección funcional, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (b) corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico”.³⁰⁴

Estas manifestaciones del principio de seguridad jurídica, se complementan entre ambas, y con ello se identifica que el conocimiento del derecho y la forma en que se aplica no es suficiente, necesita por ello que se vincule al Estado en su forma de aplicar la ley, para ser previsible por los administrados.

Este principio adquiere relevancia para el análisis del precedente administrativo, en fundamento a lo establecido por la jurisprudencia de SCNS, expone que: “(...) La seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro; es la que permite prever las consecuencias de las acciones del

alcance de las normas. Por otro lado, la seguridad jurídica debe poder ser referida al *funcionamiento del complejo normativo*. Significa, en este segundo sentido, la previsibilidad de que los poderes públicos, en un caso concreto, actuarán o dejarán de hacerlo y de que, si actúan, lo harán de una manera determinada y no de otra”; Vid. BURGOA O., Ignacio. *Las Garantías... Ob Cit.*, p. 505.

³⁰⁴ Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. 48-98, del 17/12/1999. Ambos aspectos tanto la corrección funcional y la corrección estructural, no ha de analizarse de forma aislada, sino que por el contrario, en su conjunto conforman los dos pilares que sustenta la razón de ser de la garantía de seguridad jurídica, es decir la previsibilidad del alcance y límites de las actuaciones administrativas así como de su procedimiento.

hombre así como las garantías de orden constitucional que gozan tales actos.”³⁰⁵

De la construcción jurisprudencial de la seguridad jurídica, este principio no solo se limita al conocimiento de la ley y de los procedimientos, sino que tiene el componente de previsibilidad, que hace que este principio sea un fundamento de la vinculatoriedad del precedente administrativo, por constituir un límite a la arbitrariedad del poder público.

15.2. Seguridad Jurídica y Precedente Administrativo.

Se establece de forma general, que el carácter vinculante del precedente administrativo proviene de la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley; pero este principio no puede justificar la vinculación que existe para la administración, en todos los casos que se pueden plantear en la realidad, por ejemplo, al darse el caso que una persona es tratada por la Administración de un modo desigual, no con respecto a como lo hizo con otro administrado, sino con respecto a como lo hizo con ella misma en una situación similar anterior.

Como ejemplo, la sentencia definitiva de la SCNS, del proceso de amparo ref. 741 -2002, la Sala concluyó que: “(..) en el presente caso la falta de razonamiento en la resolución pronunciada por el Subdirector General de Impuestos Internos, contra la que se reclama en este proceso, por aplicar un criterio diferente al de los precedentes administrativos ya relacionados, en cuanto al plazo para solicitar la devolución, constituye una clara violación de la igualdad en la aplicación de la norma legal y al derecho

³⁰⁵ *Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. 741-2002, del 11/07/2003.* Es importante establecer la necesaria vigencia de la ley, porque esto implica que la previsibilidad no ha estar en contra de la legalidad, es decir la legalidad dentro de la administración determina la vigencia de la aplicación de todos los principios constitucionales, así como no se permite una igualdad en la ilegalidad, no puede existir seguridad jurídica si la ley que determina las facultades de la administración no esté vigente.

a la seguridad jurídica, en consecuencia es procedente amparar a la señora (...)³⁰⁶

El principio de seguridad jurídica no justifica la vinculación del precedente administrativo a la administración pública en todos los casos; por una parte se encuentra el principio de igualdad en la aplicación de la ley que cuya finalidad, es la de garantizar que no existan arbitrariedades en la adopción de decisiones de la administración y con ello se relaciona el principio de prohibición de la arbitrariedad que es un límite específico al ejercicio de las facultades discrecionales de los órganos del Estado³⁰⁷, el cual se desarrollara en los párrafos siguientes, mediante el análisis dentro del sistema jurídico administrativo, y de la forma en que se relaciona y otorga vinculatoriedad al precedente administrativo.

16. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO LÍMITE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Antes de desarrollar el contenido de este principio, se parte del significado etimológico de la palabra arbitrariedad, la cual proviene del latín “*arbitrium*”, que cuya traducción literal significa arbitrio³⁰⁸, esta última palabra hace alusión a la facultad de regir la propia conducta del sujeto que puede ser un particular o el Estado, la cual se concretiza con la adopción de una

³⁰⁶ Vid. SSCAS del proceso con ref. 741-2002, del 07/07/2002. La concurrencia de una situación diferente a la establecida en el precedente administrativo, por sí sola no es fundamento para establecer una arbitrariedad, sino que es a partir de la relación con los principios constitucionales de igualdad de seguridad jurídica.

³⁰⁷ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob cit.* p.13. “Para justificar que el precedente también vincula a la Administración en estas hipótesis, hay que acudir a los principios de seguridad jurídica y buena fe. Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente” esta es la razón por la que no puede considerarse única y exclusivamente al principio de igualdad en la aplicación de la ley como único fundamento del precedente administrativo.

³⁰⁸ Vid. NELSON NICOLLIELO. *Diccionario del Latín Jurídico*...*Ob Cit.*, p. 36. La definición dada por el autor se refiere a una traducción literal de la palabra.

decisión con preferencia de otras, mediante la libre valoración personal de todas las opciones posibles.

Existe una tendencia a relacionar la arbitrariedad con la injusticia, la razón de lo anterior descansa en considerar a la arbitrariedad como una inadecuación que tiene un acto o mandato imperativo, emitido por un órgano de autoridad con respecto a una o varias normas de carácter general, que deben regir en la situación en que dicho acto se produce, lo anterior supone que acto arbitrario es aquel que está en contra de la esencia del derecho³⁰⁹, dicho lo anterior se entiende que cuando un particular obra en contra de la ley, su comportamiento es ilegal, pero en cambio cuando el Estado, obra en contra de la ley su actuación es arbitraria siempre y cuando no se incurra en una ilegalidad.³¹⁰

Sin embargo, la pequeña línea entre la antijuricidad y la ilegalidad de los actos de la administración es tan delgada que se ha de tomar en cuenta, el aporte del Filósofo Luis Recasens Siches, que plantea lo siguiente: “Parece que, en sentido estricto, se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos con irresistible fuerza impositiva e inapelables dictados por órganos del poder público; y que, en cambio, propiamente, los actos antijurídicos de los poderes públicos, que son rectificables y sancionables por otra instancia superior de éstos, merecen en puridad la calificación de ilegales”.³¹¹

³⁰⁹ Nota: Por esa razón es que el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de El Salvador, haga expresa mención que se podrá iniciar un proceso jurisdiccional en contra de los actos que incurran en una desviación de poder, y no necesariamente en una ilegalidad de los actos.

³¹⁰ Vid. VON IHERING, Rudolf. *El Fin en el Derecho*. S. Ed. Editorial Heliastra. Argentina, 1978., p. 176. El autor hace especial énfasis al establecer que la gran diferencia entre el Estado y los súbditos frente a él, expone que mientras el estado rige los actos de otro, los súbditos solo rigen sus propios actos.

³¹¹ Vid. RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 2008., pp. 213 -214.

De ahí que al entender a la arbitrariedad como una voluntad conforme a la elección propia, esto supone la existencia previa de una ley, puesto que la potestad de la voluntad no se haya en la ley, sino la simple potestad, de ahí que no puede existir una arbitrariedad sin la existencia de la ley³¹², porque es necesario conocer la potestad tanto en su sentido positivo como negativo para verificar que efectivamente la aplicación de la misma está en contra de la ley misma.

Sin embargo, lo anterior solo sirve para clarificar la calificación de actos antijurídicos de los ilegales, pero descartando todos los actos ilegales de la administración, un acto antijurídico propiamente dicho es aquel que sigue siendo legal, pero se aparta de la finalidad de la norma vigente y válida en el tiempo; y en las circunstancias en las que se ha dictado, por ello que la desviación de poder, es una manifestación concreta de la vulneración al principio de prohibición de la arbitrariedad.

De ahí que el concepto de arbitrariedad, de forma clara expresa la necesidad de la existencia una ley y que el acto sea contrario al a su esencia, por tanto “la arbitrariedad se trata de la conducta del Estado (en sentido lato) contraria a la esencia de la ley, ya sea por desviación o por exceso de poder”³¹³ y no en contra de la ley misma, puesto que esto configuraría una ilegalidad del acto de la administración.

Pero se advierte que el carácter de arbitrariedad descansa en la persona que tenga capacidad de decisión dentro de la administración para

³¹² Vid. VON IHERING, Rudolf. *El Fin en el Derecho... Ob Cit.*, p. 176. “no hay arbitrariedad si antes el pueblo no ha reconocido la fuerza bilateralmente obligatoria de las normas públicas.”

³¹³ Vid. ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*. 1º Edición, Editorial EUNED, Costa Rica, S.F., p. 72. El autor relaciona la desviación de poder en el sentido que este concepto determina que la actividad estatal se aparta de sus fines programáticos.

dictar una decisión y no en la antijuridicidad de su acto.³¹⁴ Esto debido a que la persona natural, por si misma no puede dictar un acto decisorio a menos que este facultado para ello, es decir que se encuentre ejerciendo un cargo de autoridad dentro de la administración, y los actos que dicte en el ejercicio de sus funciones, ha de entenderse que solo son determinados por la ley.

Una vez establecido lo que se entiende por arbitrariedad, es importante el origen de su concreción jurídica como principio constitucional; la noción de interdicción de arbitrariedad fue acuñada por el autor Gerhard Leibholz en año 1928, para ofrecer un criterio con el cual ponderar el respeto por el legislador por el principio de igualdad³¹⁵, la cual consiste en la prohibición de establecer diferenciaciones carentes de razón justificada, de lo ahí se desarrolla uno de los principios que en la actualidad limita a los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

El principio interdicción de arbitrariedad, es conocido en la doctrina del derecho administrativo como el principio de objetividad, racionalidad o no arbitrariedad de la administración³¹⁶; sin perjuicio de la denominación que se le otorgue, la esencia es la misma, es una garantía al administrado y un límite a la administración pública en el ejercicio de sus funciones.

³¹⁴ Vid. RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho... Ob Cit.*, p. 213. “Pero adviértase también que la calificación arbitrario no se aplica a todos los actos que son contrarios al Derecho, sino solamente a aquellos actos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo y que se entienden como antijurídicos; es decir, a los actos antijurídicos dictados por los poderes públicos, con carácter inapelable.”

³¹⁵ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “¿Es Inconveniente o Inútil la Proclamación de la Interdicción de la Arbitrariedad como Principio Constitucional?” en RAP., Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 124, enero- abril, 1991., pp. 211 y 212. “El principio de igualdad significaría, en definitiva, de acuerdo con ello, la prohibición de la arbitrariedad, de las diferenciaciones carentes de una razón de ser justificada”.

³¹⁶ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús. “Principios Generales del Derecho y Constitución”... *Ob Cit.*, pp. 31-32 “El principio de objetividad, de racionalidad o de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública ha operado como un poderoso correctivo frente a actuaciones abusivas (...) Pero la Constitución ha extendido en su artículo 9.3 la aplicación del principio a todos los poderes públicos (STCE 27/81, de 20 de julio; STCE 66/85, de 23 de mayo; STCE 108/86, de 29 de julio).”

Es un mecanismo correctivo frente a las actuaciones abusivas o discriminatorias de la administración en el ejercicio de potestades discrecionales; es una garantía de los administrados frente a los actos de la administración pública, que exige un ejercicio objetivo de sus funciones, y la total consideración del llamado interés público al momento de que el funcionario público dicte un acto, en ejercicio de sus facultades delegadas por el Estado.

Este principio, en el derecho español ha sido utilizado por los tribunales contenciosos para tres cuestiones importantes: a) como límite a la libre estimación de los hechos por la Administración; b) como elemento del concepto de ilegalidad por desviación de poder que su vulneración implica, y c) como garantía del principio de igualdad.³¹⁷ Estos elementos son los que se consideran al momento de determinar una vulneración a este principio, en consecuencia la simple alusión de prohibir una arbitrariedad resulta ambigua si se interpreta de forma literal el principio, pero estos elementos ayudan a identificar la posibilidad de vulneración del principio.

Aplicando lo anterior al ámbito del derecho administrativo, entienden que la arbitrariedad es: “la toma de una decisión no sujeta a las exigencias legales sino fruto de una mera oportunidad no amparada por las normas jurídicas o, peor aún, es consecuencia del capricho subjetivo o del puro voluntarismo de la autoridad pública”.³¹⁸

Para el TCE expresa que: “la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la

³¹⁷ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 31. La interdicción de la arbitrariedad deberá de estar amparada en cualquiera de los elementos que el autor establece como los requisitos para establecer una violación al principio de la arbitrariedad.

³¹⁸ *Vid.* GARBERI LLOBREGAT, José y BUITRON RAMIREZ, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Vol.1, 5º Edición, Editorial Tirand lo Blanch, Valencia, 2008., p. 469.

coherencia y la objetividad”³¹⁹; de ahí que el concepto está ampliamente relacionado con la manifestación de actos injustos e inmotivados, que al aplicarlo al plano de la administración pública, constituyen el llamado abuso de poder.³²⁰

Este principio vincula no solo a la administración pública, sino a todos los órganos del Estado tanto al órgano jurisdiccional y legislativo; el primer fundamento se sustenta en la teoría de la división de poderes, la cual establece que existe un sistema de pesos y contrapesos, que limitan el poder del Estado creando mecanismos de control tanto interno como externos; y por lo tanto las actuaciones de los órganos del estatales no podrán ser arbitrarias porque están sometidas a la legalidad constitucional de sus actos³²¹

El segundo fundamento que se encuentra en el texto de la constitución, en su art. 235, el cual establece de manera esencial que todos los funcionarios tanto civiles y militares están sometidos a la constitución y están obligados a respetar y hacerla cumplir, sobre todo en los actos que ellos emitan³²²; por tanto, este principio configura un límite a las potestades

³¹⁹ Vid. STCE. 325/1994, de 12 de diciembre. La fundamentación ha de estar amparada en la razón y en la objetividad, estos pilares son los determinantes para evitar decisiones carentes de razón y por tanto arbitrarias.

³²⁰ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo, Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Vol. 3, Editorial Harla, 1997. “Abuso de poder: Actuación de algún servidor público rebasando los límites que el orden jurídico le fija para el ejercicio de la función pública a su cargo; con ello cae en arbitrariedad e ilegalidad”

³²¹ Vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa*. Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1ª Edición, México, 2007. P. 8. “(...) Bajo el principio de división de poderes en el que según el diseño de Montesquieu el poder debe tener un sistema de frenos y contrapesos para que el poder limite al poder, se entiende que los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) tienen igual peso y valor, de tal manera que existe una relación respetuosa que permite al Estado ejercer plenamente las funciones generalmente consensuadas en donde el Legislativo legisla, el Ejecutivo ejecuta y el Judicial resuelve las controversias que son sometidas bajo su tutela. En este ejemplo clásico, de ejercicio republicano y democrático, precisamente es esta división de poderes la que evita que el poder se acumule y se cometan arbitrariedades (...)”

³²² Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Ob Cit. “Art. 235.- Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor,

del Estado en general y no solo está referida al ámbito de la administración pública. La relación que posee con el principio de seguridad jurídica, la SCNS, ha expuesto que la interdicción de la arbitrariedad, es una manifestación del principio de seguridad jurídica, y lo hace al expresar que:

“Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica (...); una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Un juez está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución al momento de impartir justicia. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica”³²³

En este punto, es claro que el principio constitucional de no arbitrariedad posee una estrecha relación entre la aplicación del precedente, y especial énfasis del precedente administrativo; porque el mismo fenómeno que ocurre en sede judicial, sucede en la administración pública en el ejercicio de sus potestades principalmente discrecionales; por tanto el precedente administrativo, tiene la finalidad de controlar la discrecionalidad

ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes.”

³²³ Vid. *SSCNS del proceso ref. 642-99, del 26/06/2000*. La interdicción de la arbitrariedad, para la Sala de lo Constitucional es considerada como una manifestación del principio de seguridad jurídica, sin embargo este principio sin perjuicio que sea autónomo o no, cubre el aspecto que por sí sola la seguridad jurídica no alcanza a cubrir. De la misma forma, aunque la sentencia citada habla de la funciones de un juez, esta también es aplicable a los órganos administrativos, puesto que también los órganos administrativos son aplicadores del derecho y están vinculados a lo preceptuado en la Constitución y demás leyes de la república.

de los actos, al evitar que los mismos sean arbitrarios y perjudiciales para los administrados.

16.1. La Vinculación del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad con el Principio de Igualdad.

La relación es estrecha entre ambos principios, no debemos de olvidar que entre los principios constitucionales no existe una jerarquía interna, por lo que ambos al estar en un plano igualitario de apreciación y de aplicación, se deben de considerar complementarios en tanto se respete la igualdad se considera que la actuación del Estado no es arbitraria.

En el derecho Español este principio es otra cara de los principios de igualdad y seguridad jurídica, desde la perspectiva del control de los órganos del Estado; de ahí que la STCE 83/84, de 24 de julio de 1984, ha afirmado que el principio de igualdad en la ley obliga al legislador a “no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferenciales reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma (...) a no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados”³²⁴

En este orden de ideas, este principio también está delimitado a cuestiones específicas dentro del control del Estado, el TCE ha establecido que solo puede enjuiciar “la desproporción entre el fin perseguido (por el legislador) y los medios empleados para conseguirlo cuando esa falta de

³²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*” ...*Ob cit. p. 9.* “El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9 de la Constitución, es, en definitiva, la otra cara de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Trata de proteger los mismos valores, pero desde el punto de vista de los poderes públicos, prohibiéndoles conductas desiguales y desleales”

proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza”.³²⁵ Por consecuencia, si los actos de la administración son discriminatorios, desiguales y carentes de un razonamiento objetivo y racional, solo entonces se consideran arbitrarios, y por ello dichos actos son anulables.³²⁶

Se establece que la prohibición de la interdicción de la arbitrariedad, al vincularla con el principio de igualdad, concretiza uno de los fundamentos de la vinculación del precedente administrativo, en cuanto frente a una situación en la cual se está en ejercicio de una facultad discrecional, la aplicación de dicha facultad deberá ser igual, en aquellos casos en donde se haya establecido que son similares, mediante la valoración de los elementos objetivos y subjetivos del hecho.³²⁷ Al aplicar las protestas administrativa discrecional, sin mediar razonamiento alguno, nos encontramos frente a un acto arbitrario, el cual a su vez es un acto desigual, por lo tanto al ser desigual a la luz del ordenamiento jurídico constitucional, es al mismo tiempo un acto anulable, por no respetar la legalidad constitucional.

16.2. La Prohibición de la Arbitrariedad y el Precedente Administrativo.

³²⁵ Vid. STCE 66/85, de 23 de mayo de 1985. Los fines del Estado están programados en los principios constitucionales que los rigen y dan soporte, entre ellos están la legalidad, la igualdad, la no arbitrariedad, y la legítima confianza, relacionada ampliamente con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

³²⁶ Vid. STCE 83/84, de 24 de julio de 1984. La nulidad establecida por los actos discriminatorios, ha de ser verificable por las razones legales, puesto que en la misma ley existen excepciones que deben de ser comprobadas.

³²⁷ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús. “Principios Generales del Derecho y Constitución”...*Ob Cit.*, p. 31. El autor hace referencia al derecho Español, y lo hace al exponer de forma literal que: “Como criterio general, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la interdicción de la arbitrariedad está estrechamente vinculada al respeto del principio de igualdad, de suerte que los poderes públicos incurrir en arbitrariedad cuando en su actuación provocan discriminaciones o desigualdades carentes de una justificación objetiva y razonable (STC 22/81, de 2 de julio; STC 67/82, de 15 de noviembre; STC 23/84, de 20 de febrero; STC 93/84, de 16 de octubre; STC 99/84, de 5 de noviembre; STC 108/86, de 29 de julio).”

La relación entre el precedente administrativo y el principio de prohibición de la arbitrariedad, se deduce a través de la jurisprudencia del TSE, en la que especifica que la motivación es una obligación de la administración pública, derivada del principio de interdicción de la arbitrariedad, citando de forma literal sus argumentos se tiene que:

“La necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales que se separen del criterio seguido anteriormente tiene su fundamento en el art. 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos mientras que la necesidad de que los actos administrativos reglados se sujeten a sus normas habilitantes viene impuesto por el propio artículo 9 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad”³²⁸

Por tanto, establecer la relación de este principio con el precedente administrativo, resulta más que evidente; si el precedente administrativo tiene una aplicación en las facultades discrecionales, y no en las regladas, la motivación es el elemento necesario para que los actos discrecionales encuentren su límite en la razón y en la legalidad. El principio de interdicción de la arbitrariedad obliga a todo órgano público a motivar sus decisiones, en forma razonable y con arreglo a la ley³²⁹, de modo de hacer posible un adecuado y suficiente control jurisdiccional para asegurar que las resoluciones en las instancias administrativas se encuentren conforme a lo que establece el régimen jurídico.

En concordancia de la idea anterior, la jurisprudencia del TSE se ha pronunciado de la siguiente forma: “El sometimiento de la actuación

³²⁸ *STSE de 26 de octubre de 1995*, se establece que este principio tiene plena aplicación en el ejercicio de las potestades discrecionales, por lo tanto al estudiar los límites de la potestad reglada solamente es el principio de legalidad, el principio habilitante, por ser una única aplicación de la ley donde la arbitrariedad no tiene desarrollo, sino la ilegalidad o nulidad del acto.

³²⁹ *Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II... Ob cit.*, p. 138. “Como parte del esquema garantístico, la tutela judicial efectiva viene, pues, a asegurar la legitimidad del obrar estatal en un marco de protección de los derechos de las personas en el que encuentran fundamento otros principios generales del Derecho Administrativo”

administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley”.³³⁰

Por tanto siguiendo el esquema constitucional del precedente administrativo, es evidente que no se puede desligar este principio tanto de la seguridad jurídica como de la igualdad en la aplicación de la ley. Es por ello que la motivación de los actos administrativos que pretendan justificar la adopción de un nuevo criterio, o interpretación de una norma vigente; deberá es lo suficientemente fundamentada, sobre razones lógicas, jurídicas y fácticas, que permitan advertir a los ciudadanos que no existe un trato discriminatorio frente a la administración pública.³³¹

³³⁰ Vid. STSE del 14 de septiembre de 1994. La masticación es la garantía que los administrados tienen para determinar si existe una desigualdad en la aplicación de la ley.

³³¹ Vid. LEGUINA VILLA, Jesús. “Principios Generales del Derecho y Constitución”...*Ob Cit.*, p. 33. Se ha de advertir que aunque el autor haga referencia a la vinculación del precedente judicial, el esquema de aplicación del principio de igualdad, es el mismo; y citando de forma literal expone que: “(...) cabe decir del deber de vinculación a los propios precedentes. En virtud de este deber, un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pero sí puede y aún debe, por exigencia del principio de legalidad en el orden judicial separarse de su anterior criterio, siempre que se apoye en una fundamentación suficiente y razonable.”

CAPITULO IV:

LA TIPOLOGÍA GENERAL DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO PÚBLICO.

17. APROXIMACIÓN A UNA CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE.

Antes de entrar a clasificarlo, se debe de tener en cuenta que si el precedente es un acto anterior con relevancia jurídica que puede proyectar efectos jurídicos hacia el futuro, entonces puede afirmarse que condiciona el comportamiento de *distintos sujetos* en casos similares; por otra parte, se reconoce expresamente que no solo la administración pública puede producir precedentes, por tanto existen diferentes tipos que se pueden identificar dentro del derecho administrativo.

El precedente administrativo, es un tipo de precedente que se desarrolla en el derecho a partir de los actos anteriores de la administración pública; sin embargo existen otros actos que son realizados por distintos sujetos, cuyos actos pasados poseen relevancia jurídica dentro del derecho y que reciben el denominativo de “precedentes públicos”³³²; comprendiendo a los precedentes judicial, consuetudinario y a nuestro objeto de estudio: el precedente administrativo.³³³

También la doctrina al analizar el precedente, crea una clasificación que engloba en dos grandes grupos a los diferentes tipos de precedentes,

³³² Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 70. En atención a los sujetos que realizan los actos identifica, los actos precedentes realizados por el pueblo (precedente consuetudinario o costumbre), los actos precedentes realizados por los órganos jurisdiccionales nacionales (precedente judicial) e internacionales dentro de un sistema jurídico diferente (precedente judicial en el common law) y los actos realizados por la administración pública (la auto vinculación y el precedente administrativo)

³³³ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. 1º Edición. S. E. Colombia. S.F., pp. 533. “la coexistencia de los actos precedentes de diversos sujetos: el pueblo (costumbre); los tribunales (precedente judicial); la administración (precedente administrativo y auto-vinculación).”

distinguiéndose entre los llamados precedentes normativos y precedentes no normativos, clasificación que tiene por finalidad establecer la posible capacidad de vinculación que poseen por sí mismos los precedentes.³³⁴

De la misma forma, la última clasificación pretende establecer el grado de relevancia jurídica que poseen los precedentes en el derecho público, de ahí que dentro de los llamados precedentes normativos, se encuentra el precedente consuetudinario, el precedente judicial en el *common law*³³⁵, y el precedente judicial en El Salvador de forma mucho más específica; éstos, se caracterizan por poseer una vinculación normativa autónoma, es decir no necesitan de ningún respaldo normativo para tener efectos jurídicos.

Dentro de los precedentes no normativos, se encuentra el precedente administrativo y la llamada autovinculación, propia del derecho alemán; estos tipos de precedentes, no se consideran precedentes normativos, pero la carencia de esta calidad no les resta relevancia jurídica dentro del derecho administrativo, sin embargo, es de advertir que el precedente administrativo se diferencia de la autovinculación en relación a los efectos jurídicos de los actos que los configuran.

El estudio de los precedentes normativos y no normativos, pretende demostrar, que el precedente administrativo no necesariamente debe de ser normativo para tener relevancia jurídica dentro de los sistemas administrativos modernos; el precedente no constituye solamente una fuente esencial del derecho (sistema anglosajón con el *common law*); sino que

³³⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 70. La autora hace una reflexión sobre la importancia de dicha clasificación para efectos didácticos, y sobre todo para poder hacer una correcta distinción entre el precedente administrativo y los demás tipos de precedentes existentes.

³³⁵ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica*. 2ª Edición, Editorial McGraw-Hill. España, 1998., pp. 60-61. “*Common law*: Sistema Jurídico Consuetudinario, perteneciente al Derecho anglo-americano. Derecho anglosajón que recoge la jurisprudencia y no la legislación o los códigos. Derecho estricto, es decir, contrario al régimen del *equity*. Derecho común que se aplica a todo un país, y no a una persona en concreto, materias o regiones.”

también es considerada como una figura de carácter instrumental con relación a las demás fuentes del derecho.³³⁶

Pero independientemente del tipo de precedente de que se trate, poseen finalidades comunes que les acercan y justifican su aplicación, como es que: garantizan la coherencia del derecho, en tanto obligan a la administración a justificar cualquier cambio de criterio; brindan seguridad jurídica a los administrados, para que estos puedan prever posibles situaciones conflictivas, como también posibles soluciones frente a la administración; al mismo tiempo que propicia la igualdad en la aplicación de la ley y sobre todo la confianza en los ciudadanos, que la administración pública actúa y actuará con racionalidad.³³⁷

Sin embargo, no se omite advertir que el análisis de cada tipo de precedente no pretende ser exhaustivo, puesto que cada precedente merece abordarse de forma mucho más profunda, lo que en nuestro caso se encuentra fuera de los límites de la investigación; no obstante, se exponen de forma coherente los rasgos principales y fundamentales de cada uno de los precedentes, para facilitar la individualización del precedente administrativo.

18. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS.

Los precedentes normativos, son los que pueden constituir efectos más o menos vinculantes por sí mismos, por ser derecho emanado por un ente con capacidad para producirlos; en estos tipos de precedentes, el caso

³³⁶ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. 1º Edición. S. E. Colombia. S.F., pp. 532-533. “la doctrina aborda el tema del precedente normativo y no normativo, con la finalidad de demostrar que el precedente no ha de ser necesariamente normativo para tener relevancia jurídica (...)”

³³⁷ *Ibidem...Ob Cit.*, p. 533. El autor hace un análisis sobre la importancia de los precedentes públicos para el derecho; identificando que no solo pretende establecer una eficacia aplicativa, sino que configuran un elemento complementario del sistema jurídico.

se resuelve en base a los principios o a los valores de las tradiciones jurídicas - caso del precedente judicial y el consuetudinario-; pero en ocasiones es la aplicación estricta de una norma jurídica.³³⁸

La regla jurídica expresada en el precedente debe de respetarse en casos futuros similares, a no ser que existan motivos suficientes para descartarla. Se aplica el precedente como una forma de resolver una situación determinada, en base a la existencia de un comportamiento previo, que vincula la decisión futura sin necesidad de un sustento legal-positivo, sin perjuicio que el mismo precedente nazca de la aplicación de una norma jurídica determinada.³³⁹

Sin embargo, que un precedente sea normativo, no quiere decir que se aplica de la misma forma que una norma jurídica escrita³⁴⁰; por las siguientes consideraciones:

a) *El precedente no crea una regla inmutable*; en consecuencia al crear una regla de aplicación normativa, esta puede ser modificada, puesto que el precedente puede cambiar en cada caso que se pretenda aplicar, es decir en los términos de Silvia Díez Sastre: “el precedente nunca establece una fórmula canónica *ex ante* que consagre la regla del caso. En cada supuesto habrá que hacer un esfuerzo por identificar esa regla”³⁴¹; de forma

³³⁸ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 70 “es posible que el precedente normativo suponga la concreción de una norma jurídica escrita preexistente, como el precedente judicial en España.”

³³⁹ Nota: Cuando se dice que el precedente nace de una norma determinada, hace alusión a que el precedente expresa un criterio interpretativo de las facultades de la administración pública, que puede limitar los derechos de los administrados, o puede clarificar el alcance real de las potestades de la administración pública. No hace entonces, referencia a que necesite un reconocimiento en una ley que determine el valor del precedente administrativo dentro del sistema jurídico.

³⁴⁰ Nota: La diferencia es más que evidente; pero el calificativo de “normativo”, puede crear una idea que se trata de equiparar a estos tipos de precedentes con las normas jurídica; si bien tienen cierto grado de vinculación y crean ciertas reglas de aplicación a casos concretos; esta regla es flexible puesto que el precedente puede ser fácilmente modificado por alguna situación, sea de carácter normativo o de interés público, por tanto la regla de vinculación es flexible y no es inmutable.

³⁴¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 71. En ese sentido, la regla será determinada por las circunstancias particulares de cada caso.

que incluso en el precedente judicial del *common law*, las soluciones a un caso concreto pueden ir variando con los tiempos.

b) *Su función no es consagrar una solución determinada en un asunto concreto*, su verdadera función se encuentra en el plano argumentativo; sin embargo como se analizará posteriormente existen ciertos matices con relación al precedente en el *common law*, pero si es posible establecer que ambos generan una regla, que en el caso del derecho administrativo continental no genera ningún tipo de derechos a los administrados.

c) *Su vinculación es autónoma*, porque la vinculación del precedente no descansa en el reconocimiento de tal efecto por una ley, sino que la vinculación nace por el simple hecho de haberse sentado un precedente. Es decir, este tipo de precedentes no es manifestación de algún precepto constitucional o ley que establezca.³⁴² En el caso del precedente anglosajón la regla que genera puede ser considerada obligatoria, aunque en ciertos casos crea una regla persuasiva, que no necesita reconocimiento previo.

Por el contrario el precedente administrativo, es un ejemplo del llamado precedente no normativo, porque su valor jurídico deriva del reconocimiento de la vinculación de la administración al principio de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad³⁴³; por tanto no se encuentra en el mismo plano vinculatorio que los precedentes normativos; pero sin embargo posee ciertos efectos jurídicos para la administración pública, en el ejercicio de sus potestades administrativas.

En la doctrina del derecho administrativo, se encuentran dentro de la clasificación de precedentes normativos: el precedente consuetudinario; el

³⁴² Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 534. Los precedente normativos, no necesitan de un sustento normativo alguno, y están más relacionados con las fuentes creadoras de derecho, de ahí que no es posible establecer que existe una fuente de derecho diferente a la ley dentro de la misma ley.

³⁴³ *Nota:* Para un mejor entendimiento y comprensión de tal relación, se hace una remisión a lo contenido en el capítulo III, de la presente investigación.

cual está estrechamente relacionado con la idea de costumbre; al precedente anglosajón; que permite identificar los rasgos específicos que son comunes con la idea general del precedente en el derecho continental; y al precedente judicial específicamente en el derecho salvadoreño, que determina la concreción de esta figura dentro de El Salvador. Sin perjuicio de lo anterior, el clasificarlos dentro de los llamados *precedentes normativos*, no significa que produzcan efectos jurídicos idénticos, sino que poseen cierta autonomía y autoridad, de la que carecen los precedentes no normativos.³⁴⁴

18.1. El Precedente Consuetudinario.

Dentro del estudio de los precedentes normativos, se hace una clara reminiscencia al llamado precedente consuetudinario, el cual posee características esenciales para entender la verdadera noción de precedente en la actualidad. Se entiende como precedente consuetudinario, al comportamiento anterior que proviene de una repetición cuya aceptación social, crea la obligación de realizarlos nuevamente³⁴⁵; se relaciona al precedente consuetudinario con la costumbre en cuanto se entiende por costumbre, a la sucesión de actos precedentes con relevancia jurídica emanados en una comunidad determinada.³⁴⁶

³⁴⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 72. La autora hace énfasis que los precedentes normativos, no poseen efectos similares, por lo que el criterio de unificarlos dentro de esta clasificación es precisamente por poseer cierta autonomía al momento de aplicarlos en el derecho.

³⁴⁵ Vid. DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N.º. 5, segunda temporada. Montevideo. 2010., p. 53. “la costumbre es un comportamiento uniforme y constante de la sociedad, con la convicción de que tal conducta es jurídicamente obligatoria. Se requiere, como decían los romanos, un elemento objetivo, el *usus inveteratus*, y otro subjetivo, la *opinio juris necessitatis*.”; Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I... Ob Cit.*, p. 206.

³⁴⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 72. En su análisis hace un estudio sobre el origen de los precedentes normativos y destaca a la costumbre como el origen de lo que en la actualidad se conoce como precedente administrativo.

No es un error relacionar preliminarmente a la costumbre dentro de los precedentes normativos, la razón de ello es que antes de la creación del Estado y de un sistema jurídico codificado, la costumbre era la norma imperante, que poseía la capacidad de producir efectos jurídicos autónomos³⁴⁷; pero a medida de la creación de las normas escritas, el valor de la costumbre fue decayendo hasta convertirse en una fuente subsidiaria de derecho.³⁴⁸

El origen de la costumbre está ligada al origen del derecho; la razón principal que dentro de los núcleos sociales primitivos, el llamado *modus vivendi* de los seres humanos estaba encaminado a la exteriorización de diversos sentimientos dentro del grupo, y entre los cuales nació la justicia³⁴⁹; lo que permitió que las prácticas cotidianas del núcleo social fueran cada vez más importantes, al grado que el no hacerlas creaban la convicción de comportamientos inaceptables y por tanto obligatorios.

La inclusión de la costumbre dentro de los precedentes normativos, está respaldada por su capacidad de crear obligaciones sin necesidad de la existencia de una ley; de ahí que el autor Juan Carlos Garzón Martínez, entiende que: “Desde un punto de vista histórico, la costumbre es la fuente

³⁴⁷ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997., p. 122. Sobre la calidad de la costumbre como una fuente de derecho el autor expone que: “la costumbre es una fuente no escrita que no resulta de una manifestación de voluntad de la colectividad organizada, sino de un comportamiento uniforme y constante practicado con la convicción de que responde a una obligación jurídica.”

³⁴⁸ Vid. GARCIA MARTIN, Isabel. “*Usos de Comercio y Moderna Lex Mercatoria*” en AAVV, *Historia de la Propiedad, Costumbre y Prescripción*. VI encuentro Interdisciplinar, Fundación Registral. España, 2006., p. 331. “la norma escrita y de creación estatal va desplazando progresivamente a la norma consuetudinaria, en la misma proporción que el poder estatal va absorbiendo a los poderes sociales intermedios.”

³⁴⁹ Vid. FIGUEROA, Francisco José. “*La Costumbre*” en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. S. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba. TOMO 5. S.F. El autor al hacer su análisis sobre la costumbre como fuente de derecho, entiende que: “La formación del Derecho de modo consuetudinario es síntoma de los tiempos antiguos. Aparece allí donde predomina la acción espontánea de un grupo social. Los grupos sociales primitivos se caracterizaron por poseer diversos sentimientos que supieron exteriorizar en sus prácticas cotidianas. Uno de ellos, y quizá el más importante es el sentimiento de justicia que se va imponiendo en lento pero seguro avance.”

jurídica que representa el interés del derecho por las acciones pasadas, en ese sentido puede decirse que es la manifestación más antigua del precedente normativo”.³⁵⁰

La costumbre o llamada también derecho consuetudinario, sufrió una gran crisis durante el proceso de codificación del derecho, a partir de la influencia de las nacientes corrientes racionalistas positivistas; pero no obstante, la escuela alemana consideraba al derecho consuetudinario como: “la expresión inmediata e irreflexiva del espíritu viviente en el pueblo”.³⁵¹ Esta es la razón por la cual la costumbre tiene incluso hoy en día, cierta resistencia para considerarse como una fuente de derecho administrativo, sin embargo se reconoce como una fuente subsidiaria del derecho.

Con el triunfo del positivismo en el proceso de codificación del derecho, se dio la plena construcción de la concepción de Estado de Derecho como lo conocemos en la actualidad, donde la gran influencia del derecho consuetudinario en el proceso de codificación, obligó a trasladar la figura de la costumbre del pueblo al ámbito del Estatal; teniéndose así que el Estado puede crear una costumbre, de la misma forma que el pueblo la crea, sin ser contraria a la ley, identificando a esta costumbre estatal como costumbre “*secundum legem*”.³⁵²

Es así como aparecen nuevas costumbres, de la cual se desprende la concepción actual del precedente; por un lado, una creada en la conciencia

³⁵⁰ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 534. Incluye a la costumbre dentro de la clasificación de los precedentes normativos por ser la manifestación más primitiva de obligaciones dentro de un núcleo social, sin la necesidad de la existencia de una ley previa que regulara sus efectos.

³⁵¹ Vid. DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 53. Citando al autor A. Ross. *Teoría de las fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2007, p. 497. La corriente de la escuela positivista de derecho, consideró que la costumbre no puede desligarse del ámbito del derecho escrito, pues que al ser la manifestación más antigua del mismo, representa la voluntad real de las personas, y que su importancia radica en que la costumbre legitima a las normas jurídicas escritas.

³⁵² Nota: Para mejor comprensión se hace la remisión al tema 4.2 de la presente investigación, en donde se desarrollan los elementos característicos de la costumbre administrativa.

de los juristas denominada *jurisprudencia*, que llega a considerarse como *costumbre judicial*; y la otra nacida de la práctica de la administración, denominada *costumbre administrativa*.³⁵³ Sin embargo, pertinente es advertir que la extensión de la costumbre al ámbito judicial y administrativo, conlleva a crear una confusión en las instituciones jurídicas, por lo que correctamente ha de entenderse que la costumbre es una figura diferente al precedente judicial y administrativo.

En tal sentido, al ser la costumbre la manifestación más antigua de precedente normativo, esta no debe de confundirse completamente con el precedente consuetudinario; porque la costumbre crea un sistema normativo derivado de la aceptación y de la convicción social de la existencia de un derecho y de una obligación; en cambio el “precedente consuetudinario”, modifica los actos futuros conforme a los actos pasados, por la creación de esa obligación de los sujetos de apegarse a las acciones anteriores, incluso sin la existencia previa de una ley.

Sin embargo, durante el desarrollo y análisis de una teoría del precedente, se han identificado criterios que sirven para diferenciar lo que ha de considerarse como precedente y de esta forma distinguirlo de la costumbre; estos criterios son el llamado criterio de reiteración y el criterio del sujeto de procedencia.³⁵⁴

³⁵³ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 534. El autor hace énfasis que la costumbre dentro del derecho administrativo, está relacionada al proceso de codificación de la ley; porque a partir de ahí la costumbre dentro de los sistemas normativos positivos, encuentra cierto recelo en seguir considerándola como la única forma de derechos, de ahí que la transformación del derecho consuetudinario al derecho positivo tuvo como resultado, una nueva renacimiento de la costumbre dentro de los sistemas jurídicos positivos, entendiéndose a la costumbre como una manifestación reiterada ya sea de los órganos jurisdiccionales o de los órganos administrativos.

³⁵⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 73. La autora reflexiona y analiza la problemática sobre el precedente y la costumbre, estableciendo que en la actualidad se

18.1.1. El Criterio de Reiteración.

El criterio de reiteración, hace referencia a la exigencia mínima de repeticiones para poder ser considerada una conducta como costumbre o como precedente; especialmente si se trata de un precedente consuetudinario, el cual es frecuentemente confundido con la costumbre, y por consecuencia también la costumbre se confunde con los demás tipos de precedentes, pero al profundizar su análisis se advierte que existen diferencias notorias.

De esa diferencia nace la interrogante sobre si ¿es posible que la costumbre nazca de un solo acto? Esta idea fue desarrollada por el autor Joaquín Costa, quien acuñó la teoría, que establece que la costumbre también puede ser no reiterada; creando así la llamada *teoría de la unicidad del hecho consuetudinario*, la cual establece que: en “aquel primer hecho está entera la regla consuetudinaria, y no hay necesidad de aguardar a que le sucedan otros hechos para reconocer su legitimidad e inducir la existencia de la costumbre.”³⁵⁵

En esta teoría, la característica especial es considerar que la costumbre no siempre creará una nueva regla, sino que también nace en la aplicación de la ley, por tanto el primer hecho “(...) se subroga en lugar de la ley misma y que establece una regla para todos los que le siguen”³⁵⁶; de ahí que si un primer hecho se considera estar dentro del margen de legalidad,

cuestiona si el precedente tiene valor de consuetudinario y propone una solución para distinguir al precedente de la costumbre. “(...) la importancia de distinguir ambos conceptos: costumbre y precedente. Con ese fin pueden emplearse dos criterios: el criterio de reiteración y el criterio del sujeto de procedencia.”

³⁵⁵ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*. S. Ed. S. E. Madrid, 1880., p. 348. Esta teoría propone que la reiteración de conductas solo sirve para reafirmar la regla establecida, que cuyo convencimiento psicológico es suficiente para considerarse válida y por tanto crear una regla consuetudinaria que dará origen a una costumbre.

³⁵⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 91. La autora hace un análisis de la teoría de la unicidad del hecho consuetudinario propuesta por Joaquín Costa.

entonces para los posteriores hechos idénticos no se deberá interpretar la ley, puesto que es aceptable la interpretación hecha al primero y así la ley se hace costumbre.³⁵⁷

El fenómeno descrito con anterioridad, no es precisamente la creación de la costumbre, ya que la costumbre no nace de la ley, sino que es una fuente de derecho paralela a ella. Así esa llamada “*Costumbre Estatal no reiterada*” deja de considerarse o comprenderse como derecho consuetudinario para convertirse a lo que conocemos como precedente judicial y administrativo³⁵⁸; por provenir de órganos tanto jurisdiccionales y administrativos respectivamente y no necesariamente de la conciencia del pueblo.

Por lo que si en la conciencia del pueblo, existe un hecho que puede ser adoptado por la colectividad sobre la base de una actuación pasada, resulta que puede constituirse como un parámetro de actuación que podría ser adoptado como obligatorio, siempre y cuando acontezca la convicción de obligatoriedad y aceptación, constituyéndose así un precedente consuetudinario, pero no por ello es aun costumbre.

Sin embargo, cuando existir una pluralidad de actos guiados o producto de la convicción psicológica o sociológica de la primera actuación, y que son adoptados y aceptados por la comunidad, entonces se está en presencia de una costumbre. Por tanto, la idea de reiteración es inherente a la costumbre, pero no lo es para el precedente³⁵⁹, por lo tanto en razón al

³⁵⁷ Vid. COSTA, Joaquín. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social...Ob Cit.*, p. 348. “Si el primer hecho es injusto, no puede ser justo el segundo, ejecutado en igualdad de circunstancias; y si se pretendiese el absurdo de que el primero era injusto y justo el segundo, resultaría que: o el primero, por contrario al derecho, era de todo punto ineficaz, en cuyo caso el segundo sería primero, y la costumbre tendría en todo caso su origen en un hecho único”

³⁵⁸ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 91. Analiza que en la teoría de Joaquín Costa se identifican las raíces de lo que en la actualidad conocemos como precedente administrativo y judicial.

³⁵⁹ Vid. *Ibidem.*, p. 102. “En el sistema español (y, en general, en la cultura jurídica continental), -los precedentes- no tuvieron reconocimiento tradicionalmente. La idea de precedente tal y como la

criterio de reiteración, para el precedente solo será necesaria la existencia de un solo acto; mientras que para la costumbre la reiteración es indispensable para su existencia.³⁶⁰

18.1.2. El Criterio del Sujeto de Procedencia.

Este criterio está en base al sujeto del cual emana un acto que puede ser o no costumbre; de forma tajante se establece que el precedente se diferencia de la costumbre, por el origen, es decir si proviene de la sociedad o de la actividad del Estado³⁶¹; para el caso ha de hacerse la reflexión que la costumbre se aplica en el plano en donde la ley no tiene jurisdicción para actuar y es precisamente ahí donde se establece la diferencia entre los actos nacidos del Pueblo y los nacidos del Estado.

De ahí que mientras que la costumbre nace del pueblo, el precedente nace del Estado, en cualquier manifestación que puede ser a través del precedente judicial o el precedente administrativo³⁶²; es así como Silvia Diez Sastre clarifica el significado de este criterio al expresar que: “puede decirse que dentro de la organización del Estado la reiteración de conductas aunque

conocemos en la actualidad hunde sus raíces en la costumbre. La dinámica de la costumbre, que crea Derecho a través de la reiteración de una serie de actos que solucionan problemas jurídicos, se trasladó, tras la codificación, a los ámbitos judicial y administrativo. Esas costumbres son las antecesoras de los actuales conceptos de precedente judicial y administrativo a diferencia del concepto del precedente judicial anglosajón”

³⁶⁰ Vid. *Ibidem*, p. 92. “La costumbre es tal precisamente porque es reiterada. La repetición le dota de un cierto halo de respetabilidad que induce a su observancia. Luego, no debe confundirse la costumbre emanada del pueblo, con los actos surgidos del Estado.”

³⁶¹ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p. 54. “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”.

³⁶² Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. t. II, S. E., Editorial Iustel, 2006., p. 89. “El concepto técnico de costumbre no se delimita por referencia a cualquier práctica o uso; tiene que tratarse de una regla nacida fuera de la organización del Estado; son las fuerzas sociales exteriores al Estado las que las crean.”

tengan relevancia jurídica y sean capaces de generar reglas, no son técnicamente costumbre, sino fenómenos jurídicos distintos”³⁶³

Fenómenos que son denominados precedentes, que operan dentro de la actividad del Estado en su actividad judicial o administrativa, sujetándose estas conductas al respeto de la legalidad y demás principios constitucionales; descartándose así toda posibilidad de considerarse como costumbres, por no nacer de la voluntad del pueblo y estar dentro del alcance normativo de la ley.

18.2. El Precedente Judicial en el *Common Law*.

Al intentar hacer un estudio del precedente de forma general, y sobre todo una referencia al derecho administrativo en la actualidad, implica de cierta forma abordar los rasgos más fundamentales del sistema jurídico anglosajón, sobre todo cuando se toma de referencia el sistema continental de derecho.³⁶⁴

El precedente o el “*precedent*”³⁶⁵ denominado dentro del sistema jurídico anglosajón es la base del *common law*; su correcto entendimiento es

³⁶³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 93. En este punto la autora determina, que las conductas reiteradas del Estado pueden tener diversos efectos jurídicos que no pueden considerarse bajo la misma denominación, por ejemplo, en el caso del derecho alemán, las conductas reiteradas del Estado pueden generar una llamada autovinculación, que es una figura mucho más genérica que el precedente administrativo, por otra parte en el derecho anglosajón la reiteración de un decisión de los órganos jurisdiccionales puede ser denominada jurisprudencia, la cual es diferente al precedente judicial en los sistemas de derecho continental, en donde de la misma forma la reiteración de conductas de la administración puede generar una práctica administrativa que también es diferente al precedente administrativo, objeto de estudio.

³⁶⁴ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano*” en la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. N° 20, año X, Montevideo. 2011., p. 128. “El sistema anglosajón de sometimiento de la Administración Pública al derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de derecho administrativo, con principios, reglas y evolución distinta, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental (...)”

³⁶⁵ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología Jurídica...Ob Cit.*, p. 204. “*Precedent*: Precedente. Decisión de un tribunal sobre una cuestión de derecho que, para todos los casos futuros, supone un precedente judicial.”

vital para entender la diferencia existente con los sistemas jurídicos continentales y su influencia en la construcción de la doctrina del precedente administrativo en la actualidad³⁶⁶; de ahí que el *common law* no puede abordarse con simplicidad, ya que se trata de un sistema no solo basado en precedentes, sino que consiste en una forma particular de razonamiento jurídico.³⁶⁷

El precedente judicial hace referencia a la decisión anterior de una autoridad, que fija una posición interpretativa en determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, que vinculan al juez a futuro como antecedente vinculante generador de una regla o máxima judicial, que es un principio o concepto aplicable a casos similares; basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho.

Lo que permite deducir que dentro del sistema del *common law*, la existencia o la configuración de una regla interpretativa resulta más importante en cuanto esta es una importante fuente de derecho, que permite amparar a las personas frente al Estado. Para comprender el sistema anglosajón, es necesario referirnos al llamado *common law* norteamericano³⁶⁸, ya que es precisamente ahí donde nació y se ha

³⁶⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 104. Es bastante común hacer el siguiente paralelismo: mientras que en el Continente el Derecho se crea mediante las normas positivas, en el *Common Law* el Derecho se crea a través de los precedentes.”

³⁶⁷ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 531. “El *Common Law* no puede definirse de forma simplista como un sistema gobernado por los precedentes; los precedentes no son más que un instrumento. Lo que realmente identifica al sistema de *Common Law* es una particular forma de pensamiento, el denominado razonamiento jurídico; mediante el cual *la razón y no la voluntad arbitraria ha de constituir el fundamento decisivo de la sentencia.*”

³⁶⁸ Vid. MORINEAU, MARTA. *Introducción al Common Law*. 2º Reimpresión de la 1º Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004., p. 15. “Para poder resolver los asuntos de su competencia, los tribunales debieron buscar los que había en *común* en las costumbre locales, para así crear un derecho unificado, reglas que aunque es un principio estuvieran basadas en esas costumbres, serían, en adelante, las normas aplicables en todo el país, o sea, que se convertirían en un derecho común a todo el territorio, y así surgió el *common law*, la *comuna ley*, como lo llamaron los normandos.”

desarrollado ampliamente; pero no fue sino hasta el siglo XIX donde se consolidó la doctrina del *stare decisis*; sobre lo anterior se refiere Victoria Iturralde Sesma quien expone lo siguiente:

“En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del *stare decisis* y el carácter especial del *common law*. Esta doctrina del precedente judicial era, en su comienzo, nada más que una práctica conveniente para los jueces y la abogacía.”³⁶⁹

Dentro del sistema del *common law*, se establece una regla universal, la cual promulga que no todos los precedentes tienen el mismo valor; su aplicación dependerá de la valoración que le brinde el juez, y de la naturaleza del precedente³⁷⁰, puesto que en este sistema se distinguen entre *precedentes obligatorios* y los llamados *precedentes persuasivos*, de esta clasificación se faculta a los jueces la capacidad de rechazarlos o de aceptarlos³⁷¹; los obligatorios son imperativos para todo los jueces de menor jerarquía; en cambio los persuasivos, no han creado ninguna regla jurídica imperativa, y están relacionados a cuestiones accesorias sobre las que recae el pronunciamiento judicial.

³⁶⁹ Vid. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. S. Ed. Editorial Civitas, Madrid, 1995., p. 24. La autora hace un estudio profundo sobre los precedentes dentro del derecho anglosajón, por lo que esta obra es de gran importancia para el estudio del precedente administrativo.

³⁷⁰ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 221. “desde el punto de vista de la necesidad de su consideración, encontramos –para seguir la categorización de Peczenik referida a las fuentes del derecho– que hay precedentes que deben (*must*), otros que deberían” (*should*) y, finalmente, otros que “pueden” (*can*) ser considerados por aquél.”

³⁷¹ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. “*Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en el Derecho Público: Reconsideración de las Sentencias como Fuente de Derecho*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, N° 157, enero-abril, Madrid, 2002., p. 92. “En el *common law* —seguimos las observaciones de Victoria Iturralde— no todos los precedentes tienen el mismo valor, pudiendo distinguirse los obligatorios de los persuasivos, teniendo los tribunales la capacidad de aceptar o rechazar su vinculación a ciertos precedentes (...)”

Además se entiende que los precedentes pueden ser también catalogados como *precedentes declarativos*, si se limita a aplicar una norma ya existente, por en consecuencia solamente hacen alusión expresa a la norma constituida con anterioridad; y *precedentes creativos*, que son los que crean y aplican una nueva norma³⁷², que antes de su creación no existía precedente alguno, por lo que crea una norma aplicativa de derecho para los futuros casos.

El precedente judicial en el derecho anglosajón, brinda certeza jurídica al sistema en cuanto proporciona autenticidad a las decisiones de los jueces³⁷³, y de esta forma se aparta de la concepción continental de certeza jurídica proporcionada por la ley³⁷⁴, se entiende entonces que la garantía de seguridad jurídica no hace alusión a una seguridad a través de la ley, sino la seguridad de la ley en sí misma.

18.2.1. La Regla del “*stare decisis*”.

Su significado procede de la expresión latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “estarse a lo decidido y no perturbar lo que

³⁷² Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*La Fuerza de los Precedentes Administrativos...*” *Ob Cit.* 134. El autor además de la clasificación de los precedentes declarativos y creativos, identifica también los llamados precedentes obligatorios y persuasivos y expone que: “(...) obligatorio es aquel que inevitablemente los jueces deben seguir lo aprueben o no y persuasivos está dado por aquel que los jueces no deben seguir pero que dada su existencia de alguna manera deberían tomar en consideración.”

³⁷³ Vid. *Ibidem...Ob Cit.*, p. 130. “Desde esta época el *common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico.”

³⁷⁴ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, pp. 531-532. “En el Common Law los precedentes cumplen una función de garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad; en los sistemas continentales esa función se asigna fundamentalmente a la norma escrita. Los sistemas continentales optan por una toma de decisiones basada en las reglas que exalta la generalidad como valor del ordenamiento jurídico; el Common Law también se basa en reglas, pero se inclina por una toma de decisiones particularista.”

esté firme³⁷⁵ y es definida como una decisión de un tribunal o un juez tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión³⁷⁶; es decir que el juez se vincula a sus propias decisiones³⁷⁷; y también constituye una regla para la aplicación del derecho que no puede ser ignorada por los demás jueces.

En el *common law*, el juez “debe” de respetar los principios y las reglas sentados por otros jueces; de ahí que el sistema anglosajón lo convierte en un sistema de “*case law*”³⁷⁸, que se caracteriza entre otras cosas, porque las decisiones de un juez en particular constituyen un precedente³⁷⁹ y por lo general crea una regla y principios de derecho mediante la aplicación de la ley en las sentencias de los jueces.

La regla del *stare decisis* se identifica con la doctrina del precedente vinculante, porque en esencia el *stare decisis* es la regla de obligatoriedad del precedente judicial; sin embargo, se advierte que esta regla tiene

³⁷⁵ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 223. “(...) la conocida fórmula *stare decisis et quia non movere*, fórmula que más allá de las polémicas sobre su significado, expresa en definitiva el principio de que un tribunal debe seguir sus propios precedentes en casos análogos”; Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 171. Respecto al principio del *estare decisis*, el autor hace un análisis de dicha regla y hace referencia a la forma en que los jueces retoman los criterios pasados para ayudar a solucionar una situación análoga.

³⁷⁶ Vid. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law...Ob Cit.*, p. 31. La autora, expone la extensión de la vinculación de los precedentes en el derecho anglosajón, y siempre sigue la regla de jerarquía en donde el tribunal superior vincula a los inferiores, la regla creada determina la aplicación de la ley en los casos análogos.

³⁷⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 108. “El moderno principio de *stare decisis* o doctrina del precedente se refiere a la vinculación del juez a sus decisiones anteriores.”

³⁷⁸ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología Jurídica...Ob Cit.*, p. 48. “*Case law*: Precedentes jurisprudenciales judiciales. Leyes y principios de derecho que tienen su base en sentencias dictadas por los jueces. Derecho judicial.”

³⁷⁹ Vid. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law...Ob Cit.*, p. 31 y 32. Sobre el sistema llamado *Case Law* se deriva de la cotidianidad de los jueces que resuelven casos particulares, no necesariamente provienen de una instancia superior, esta relacionado al llamado precedente vertical en el sistema continental.

diferente aplicación en el derecho anglosajón Inglés y en el Norteamericano, porque en este último, se aplica con menos rigurosidad, lo que permite que los jueces puedan apartarse del precedente mediante diversas técnicas, que van desde la distinción, derogación, ampliación, limitación, corrección del precedente judicial, todo debido al tipo de organización política que posee, en donde existen diversos Estados que poseen autonomía en su organización judicial y legislativa.³⁸⁰

Por lo anterior, es que se le atribuye a la regla general del *stare decisis* un rasgo de utopía, en cuanto no es posible establecer que una regla general, sirva para solucionar de idéntica forma cada caso concreto; de ahí que el autor Ricardo Nieto describe al precedente judicial anglosajón, como una ficción, al expresar que: “La técnica del precedente es un juego para uso de estudiantes. La regla del *stare decisis* es una ficción puesto que no es respetada por la realidad.”³⁸¹

La regla que crea es flexible lo que facilita su adaptación en la realidad, cosa que no ocurre con la ley, la cual en algún momento deja de ser válida, porque las circunstancias fácticas cambian constantemente; por lo que se establece que el precedente judicial crea una regla de coherencia entre la realidad y la aplicación de la ley, en circunstancias determinadas, que permiten deducir la forma en que se deberá de resolver tomando en cuenta las decisiones precedentes.

Sin embargo, este principio no solo crea una regla de coherencia del sistema jurídico, también posee objetivos como: la seguridad jurídica; la garantía de separación de poderes; y, la igualdad; todos estos objetivos con

³⁸⁰ Vid. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law...Ob Cit.*, p. 87. “Por lo que se refiere a la regla de *stare decisis*, o sea, la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, no encontramos en Estados Unidos el mismo rigor en su aplicación, como el que existe en Inglaterra, lo que hace más fácil que un tribunal norteamericano desconozca sus propios precedentes.”

³⁸¹ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. “*Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal...*” *Ob Cit.*, p.94. Citando el prólogo escrito por Ricardo Nieto, para la obra de Monserrat Chucillo Fiox, denominada *Jueces y Administración en el Federalismo norteamericano*.

ciertos matices propios del *common law*³⁸², que permiten la seguridad de la aplicación de la ley en sus propios términos, permitiendo su constante actualización a través de su aplicación en casos concretos, convirtiendo al precedente como el principal mecanismo de seguridad jurídica, tanto para los intereses y fines del Estado como para los administrados.

18.2.2. Aplicación del Precedente en el “*Common Law*”.

Son necesarias superar varias fases, a efecto que un precedente mediante la *regla del stare decisis* tenga aplicación en el derecho anglosajón, entre las cuales se identifican:

a) *El juicio de semejanza*³⁸³; que consiste en comparar un precedente o acto anterior con similitud fáctica al caso presente, sobre todo en la situación jurídica; a través de la adopción del término referente el criterio relevante de comparación, entre dos o más resoluciones; este test de similitud o “*test of similarity*”³⁸⁴ es parte esencial de la doctrina del precedente en cualquier sistema que se le reconozca algún valor jurídico a las decisiones anteriores; la finalidad de este test es la determinación de elementos semejantes que permitan establecer que la regla creada tendrá

³⁸² Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob cit.*, p. 535. “La regla de *stare decisis* (estar a lo decidido), tiene como objetivos: la seguridad jurídica (aclarando que no se trata de la seguridad por medio del derecho, sino de la seguridad del mismo derecho); la garantía de la separación de poderes (se trata de sujetar y controlar a los jueces en su tarea creadora), la regla de estar a lo decidido opera en el ámbito judicial con la finalidad de ordenar y regular la función creadora de derecho, que en el sistema anglosajón se le reconoce a la función judicial, cuando resuelven los casos; la coherencia, que –como rasgo necesario del derecho– no sólo debe manifestarse en la consistencia de los principios y las proposiciones jurídicas, es necesario su aplicación de forma coherente, en la respectiva decisión de casos; igualdad, desde la visión del caso concreto, la vinculación al precedente garantiza uniformidad como manifestación de igualdad.”

³⁸³ Nota: Sobre este punto remítase al tema 14.3 de la presente investigación, para mayor comprensión.

³⁸⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p.113. “Para que un precedente tenga alguna posibilidad de influir en alguna medida en la toma de una decisión posterior es necesario que supere un juicio de semejanza. Este test de similitud (*test of similarity*) es parte esencial de la doctrina del precedente (...)”

eficacia, vigencia y efectividad, en el caso concreto por tanto el juicio de semejanza es trascendental para establecer la vinculatoriedad del precedente judicial, con el caso concreto.

b) *La identificación de la “ratio decidendi” o el criterio decisivo*; una vez superado el test de semejanza es necesario identificar los argumentos esenciales del debate³⁸⁵, contenidos en el precedente, que constituyen la base de su vinculatoriedad; es decir, los argumentos de hecho y de derecho que justifican el porqué, se ha resuelto de cierto forma.

Para realizar lo anterior, se utilizan dos figuras que son: la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*; estas nacen en el derecho anglosajón, y su finalidad es la de establecer cuáles son las directrices normativas de las resoluciones es decir la *ratio decidendi*; y cuáles son los elementos accesorios que acompañan a dicha resolución conocida también como *obiter dicta*; ponderando con mayor magnitud a la *ratio decidendi*, que en esencia es el elemento vinculante de las resoluciones, y por ello se denomina también como *criterio decisivo*.³⁸⁶

La *ratio decidendi*, es la parte más importante de la resolución judicial, en ella es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas, es decir explícita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos; en algunos casos es relacionada o confundida con el *decisum*, que se refiere a la resolución del caso concreto,

³⁸⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 126. “El derecho anglosajón habituado a esta densidad argumentativa, ha utilizado una técnica particular para descubrir las directrices normativas de sus resoluciones por medio de las figuras de la *ratio decidendi* y *obiter dicta*. La primera se refiere a los argumentos esenciales del debate y las otras son consideradas las exposiciones accesorias que las acompañan.”

³⁸⁶ Vid. *Ibidem.*, p. 127. “La *ratio decidendi*, que se traduce en la expresión *criterio decisivo*, consiste en la parte de una decisión judicial susceptible de producir efectos jurídicos vinculantes y de establecerse como la regla jurídica aplicable al caso sometido a decisión. La *ratio decidendi* se constituye como el Derecho Aplicable en los sistemas jurídicos de *Case Law*.”

sin embargo esta no es vinculante y por tanto no crea un precedente, sino que el único capaz de crearlo es la *ratio decidendi*.³⁸⁷

Por otra parte se encuentra la *obiter dicta*, que es considerado como los elementos accesorios de la resolución judicial, que de ninguna forma constituye un precedente.³⁸⁸ Sin embargo, aunque existan grandes diferencias con la *ratio decidendi*, existe cierta dificultad para identificar la *ratio decidendi*, y distinguirla de la *obiter dicta*, que hace referencia a los argumentos periféricos del caso en concreto³⁸⁹; porque en cierta forma la *obiter dicta*, puede convertirse en *ratio decidendi*, en casos posteriores³⁹⁰, de ahí que la identificación de cada elemento sea periférico o principal, es importante para establecer la relación concreta entre una resolución pasada frente a una presente.

De la valoración de la *ratio decidendi* nacen las técnicas forenses como el “*following*”; que consiste que el juez, en los casos en que se logre determinar una identidad entre el caso concreto y el anterior, y al percatarse que la *ratio decidendi* del caso anterior es aplicable al caso presente,

³⁸⁷ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos. “*El Precedente en Colombia*” en la Revista Derecho del Estado n° 21, del mes de diciembre. Colombia. 2008., p. 90. El autor hace énfasis en diferenciar entre la resolución del caso concreto con las directrices jurídicas de la *ratio decidendi*, dentro de las resoluciones judiciales: “El *decisum* es el fallo o la *resolución concreta del caso*. Esta parte de la sentencia despliega sus efectos erga omnes o inter partes, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente. Este carácter sólo se predica de la *ratio decidendi*.”

³⁸⁸ Vid. *Ibidem.*, p. 91. “Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituyen precedente.”

³⁸⁹ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano*”...*Ob Cit.*, p. 134. “el *obiter dicta*, al contrario de la *ratio decidendi* configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fueron necesarias de incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión, es decir, se ubican en este apartado, todas aquellas proposiciones de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador.”

³⁹⁰ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia*...*Ob Cit.*, p. 129. “Pese al poco valor que conceptualmente pueden tener los *obiter dicta*, no se debe subestimar su aplicación, conocimiento y uso; los *obiter dicta* pueden constituirse como la *ratio decidendi* de una sentencia posterior, por lo que a pesar de la dificultad que se puede plantear cuando no está del todo definido, no es del todo infructuoso realizar una separación entre ambos.”

respetar el precedente y seguirlo, sin modificación alguna; también se encuentra el llamado “*broadening*”, que consiste en ampliar el contenido de la *ratio decidendi*; y el “*narrowing*”, que al igual que el anterior no cambia el precedente, pero estrecha el ámbito de aplicación, reduciendo los argumentos de la *ratio decidendi*, a situaciones más concretas.³⁹¹

c) *La flexibilidad del precedente*; en esta fase se analizan todos los requisitos para que el juez pueda separarse del precedente³⁹²; haciendo un análisis sobre los elementos que lo conforman y verificar si se está frente a un precedente obligatorio o persuasivo; y más aún si un precedente puede ser cambiado o derogado según el caso; así en el *common law* las técnicas para separarse de su precedente son: el *distinguishing* y el *overruling*³⁹³; que aunque no son las únicas que existen para limitar la aplicación del precedente, son las más importantes.

La técnica denominada *distinguishing*³⁹⁴, en realidad no es una forma de apartarse completamente del precedente, sino que constituye una forma de romper la vinculación que posee³⁹⁵; el objetivo principal es probar que el

³⁹¹ Vid. *Ibidem.*, p. 129. El autor expone que la *ratio decidendi* propicia la aplicación de diversas técnicas, que pretenden seguir el precedente, ampliar o reducir su ámbito de aplicación, del mismo modo que su función es de fijar la vinculatoriedad o fuerza del precedente en cada caso.

³⁹² Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob cit.*, p. 535. Hace referencia sobre la flexibilidad del precedente anglosajón, y citandolo textualmente expone sobre la flexibilidad del precedente que “(...) es la característica fundamental que diferencia la vinculación propia del precedente, de la fuerza obligatoria de las normas del derecho continental; entre esas técnicas se encuentran la de distinción del caso, derogación expresa de un precedente (cuando su efecto sea perpetuar un error, o cuando haya razones suficientemente convincentes para apartarse).”

³⁹³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 114. “Se acepta una separación de los precedentes siempre y cuando se ofrezca una argumentación que justifique esa acción. De este modo se prueba cómo realmente existe una vinculación al precedente, que, no obstante, es susceptible de múltiples modulaciones. Las técnicas argumentativas más importantes para apartarse de los precedentes son el *distinguishing* y el *overruling*.”

³⁹⁴ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología...Ob Cit.*, p. 91. “*Distinguish*: Distinguir, diferenciar y marcar las diferencias entre dos situaciones o cargos, de tal forma que justifiquen las resoluciones o decisiones que adopten para con los mismos.”

³⁹⁵ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*” en la Revista Española de Derecho Administrativo, N° 143. España. 2009., p. 463. “(...) una parte fundamental de la doctrina del precedente anglosajón se centra en determinar las fórmulas que, como el *distinguishing*

caso presente es diferente al precedente alegado; por tanto viene a distinguir que los casos son diferentes por tanto no es vinculante el precedente, por no superar el test de semejanza³⁹⁶; la distinción entre el precedente y el caso presente, puede versar sobre el significado de una palabra, o bien sobre un cambio de la interpretación; pero especialmente sobre los hechos y sobre la naturaleza del caso, es decir a verificar la no existencia de una identidad objetiva.

El *overruling*³⁹⁷, por su parte consiste en la derogación expresa de un precedente, para evitar perpetuar un error de interpretación o cuando existan razones suficiente para cambiarlo; esta técnica presenta una complejidad en cuanto a su forma de operar, al cambiar el precedente este puede tener una aplicación retroactiva limitada o prospectiva; en el primer supuesto el caso presente se resuelve a través del nuevo criterio; y en el segundo supuesto la nueva regla se aplica para los futuros casos pero no para el actual denominándose así como "*prospective overruling*"³⁹⁸; la cual presenta ciertos matices que son importantes mencionar.

La técnica del *prospective*³⁹⁹ *overruling* es criticada fuertemente, en cuanto el litigante al obtener una sentencia positiva, al mismo tiempo su

(mediante la diferenciación entre el caso precedente y al actual) o el *overruling* (mediante la derogación expresa de un precedente), deben emplearse para abandonar la solución del caso anterior."

³⁹⁶ Vid. *Ibidem.*, p. 114. "Cuando un precedente parece vinculante la única oportunidad de apartarse de él es demostrar que el caso es diferente. En eso consiste precisamente el procedimiento de *distinguishing*."

³⁹⁷ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología...Ob Cit.*, p. 189. "Overrule: Desestimar, rechazar, denegar, revocar, dejar sin efecto."

³⁹⁸ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 109. "Así en el sistema del *Common Law*, el precedente actúa como una norma y el *overruling* - cambio de criterio- innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible plantear el problema de la retroactividad de la decisión judicial y su remedio a partir del *prospective overruling*, que decide el caso conforme al precedente anterior, pero anuncia que el cambio va a producirse en el futuro."; Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 243. "(...) la técnica del *prospective overruling*, conforme a la cual –precisamente– se anuncia el nuevo criterio que habrá de seguirse en el futuro (...) pero al mismo tiempo se falla el caso sometido a decisión según el criterio anterior, técnica que ha sido empleada por la Corte Norteamericana."

³⁹⁹ Vid. R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología...Ob Cit.*, p. 211. "*Prospective*: Prospectivo, que se anticipa, que tiene que ver con el futuro."

pretensión es descartada y por tanto pierde el caso; porque se aplicará a futuro, sin perjuicio de aplicársele el precedente impugnado a él.⁴⁰⁰ Con esta breve mención de las técnicas de aplicación, cambio y derogación del precedente, se percibe la complejidad que se presenta en el derecho anglosajón; no obstante compleja similitud, se encuentra en el análisis del precedente en los sistemas de derecho continental, y esta es la razón de la importancia de conocer estas técnicas del *common law*.

Además de las dos técnicas anteriores, se distinguen algunas herramientas argumentativas, cuya finalidad no es cambiar el precedente sino más bien tratar de mutar su aplicación o superponer el ya constituido; encontrándose el denominado *defeasibility*, el cual pretende crear una excepción a la aplicación del precedente vinculante; crea una condición en la cual se puede dejar de aplicar el precedente el cual está ampliamente relacionado al *distinguishing*; y por otra parte hace mención del *outweighability*, que trata de apreciar que el nuevo caso se superpone al precedente.⁴⁰¹

Con todo lo antes expuesto es fácil advertir, el aporte de la doctrina del precedente judicial anglosajón, en la construcción de la doctrina del precedente administrativo; el *stare decisis*, brinda insumos que al ser aplicados dentro de los sistemas continentales, adquiere ciertos matices especiales que lo hacen diferente no solo en el ámbito de aplicación sino en ocasiones en los elementos necesarios para constituirse como un precedente vinculante, lo que lleva a la imperiosa necesidad de hacer una

⁴⁰⁰ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes... Ob Cit.*, p. 243. Sobre el criterio *prospective overruling* expone que: “genera injusticia igualmente: la parte vencida obtiene una victoria moral al convencer al tribunal de cambiar el criterio que ella ha sostenido que es equivocado, pero al propio tiempo pierde su caso.”

⁴⁰¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 116. “Junto a estas técnicas, que son las utilizadas habitualmente, existen otras herramientas argumentativas para *burlar* la vinculación a los precedentes. En realidad, son modulaciones de los motivos del apartamiento en la misma línea justificativa que las distinciones y la derogación del precedente.”

reflexión sobre cada institución para identificar su posible adecuación o descartar su aplicación en el derecho continental.

Sin perjuicio, que la teoría del precedente judicial vinculante se desarrolle ampliamente dentro del *common law*; de forma general en el derecho continental y de forma más específica en el derecho Administrativo Salvadoreño, la importancia de la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*, tienen su aplicación con ciertas características, que son importante de conocer para su aplicación⁴⁰², sobre todo frente al precedente administrativo; por tanto es de utilidad hacer una mención específica de la figura del precedente judicial en el derecho Salvadoreño.

18.3. El Precedente Judicial en El Salvador.

La utilización y funcionamiento del “precedente” en el derecho continental difieren del funcionamiento e importancia en el *common law*⁴⁰³; sin embargo; existe una relación entre el derecho anglosajón y el sistema continental de derecho, porque dentro del desarrollo del derecho administrativo continental, el derecho anglosajón ha brindado ciertas instituciones que han sido adaptadas a la realidad jurídica de cada país con sus respectivos matices⁴⁰⁴, pero con especial referencia al derecho

⁴⁰² Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 130. “La diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es original del sistema del Common Law, pues en él, los elementos del precedente se constituyen, como el Derecho, de casos futuros. Sin embargo, dicha técnica ha sido acogida por el máximo tribunal de justicia como un método de viabilidad del precedente constitucional en El Salvador, de ahí pues que el manejo en la distinción entre ambos, se hace cada vez más necesario para juristas y litigantes.

⁴⁰³ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 532. “(...) los precedentes continentales, operan en un sistema en el que el parlamento ostenta la soberanía normativa y en el que se procura evitar la libertad de los jueces en su actividad, vinculándose a través de normas positivas (...)Esa es la razón fundamental que explica por qué en los sistemas anglosajones se opta por reconocer un valor jurídico esencial a los precedentes, mientras que en los sistemas continentales el papel de los precedentes suele reducirse a la garantía de una cierta coherencia en la actividad de aplicación del derecho por parte de los jueces y también de la administración.”

⁴⁰⁴ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. *“Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en el Derecho Público”...Ob Cit.*, p. 96. El autor al relacionar el concepto de precedente en el *common law* frente a lo que se considera precedente judicial en el derecho Español, expone que: “a nuestro juicio, en

Salvadoreño, se pueden identificar el uso de figuras reconocidas en el derecho común anglosajón.

Para el autor Salvadoreño, Ricardo Mena Guerra lo anterior es evidente, así ha expuesto que: “el Derecho anglosajón del *case law*, tiene determinados puntos de coincidencia con el Derecho Administrativo. Es ineludible que en ambos el rol formador del *precedente jurisprudencial* es una pieza fundamental de su construcción jurídica.”⁴⁰⁵ Existe una influencia del principio del *stare decisis*, en el derecho Salvadoreño, de ahí que se acepta que este principio establece una *vinculación* del juez a su precedente, convirtiendo esta vinculación en una regla de aplicación del derecho⁴⁰⁶ que encuentra legitimidad en el principio de igualdad en la aplicación de la ley.⁴⁰⁷

De la misma forma que en el derecho anglosajón, en el derecho salvadoreño se ha valorado y distinguido la *obiter dicta* y la *ratio decidendi*⁴⁰⁸, sobre todo en las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad de la

nuestro Derecho el precedente sólo tiene en principio un valor informativo, tanto para el órgano judicial como para las partes en el proceso: éstas pueden invocarlo y tenerlo en cuenta a la hora de estimar las posibilidades de éxito de sus pretensiones; aquél debe manejarlo a la hora de resolver, bien aceptándolo como válido y aplicable al caso, bien rechazándolo con un razonamiento suficiente que explique el apartamiento del anterior criterio.”

⁴⁰⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 53. El autor expone la importancia de la jurisprudencia para el derecho administrativo, la razón se encuentra que muchas de las instituciones o derechos reconocidos en las legislaciones actuales, han nacido en ocasiones por el constante reconocimiento jurisprudencial, lo que contribuye al desarrollo y actualización del derecho administrativo.

⁴⁰⁶ Vid. SSCAS del proceso con ref. 98-T-2004, del 30/05/2008. “Por su parte el principio *stare decisis* añade que los jueces se hallen efectivamente vinculados -y no sólo orientados- por los principios derivados de ciertos precedentes; es decir, reglas de aplicación para el Derecho”; Vid. SSCAS del proceso con ref. 104-T-2004. Del 25/05/2009.

⁴⁰⁷ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica...Ob Cit.*, p. 67. “Especial concreción de la igualdad en la aplicación del Derecho es la justificación de la vinculatoriedad del precedente judicial, es decir, el presupuesto según el cual un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.”

⁴⁰⁸ Vid. RODRIGUEZ MELENDEZ, Roberto enrique. “Una Introducción al Art. 3 de la Constitución: Aspectos generales sobre el Derecho de Igualdad” en AAVV, Revista Justicia de Paz, AECJ-CNJ, año VI, Vol. I, Mayo-Agosto, El Salvador.2003., p. 4. “Como ocurre en los tribunales constitucionales europeos, lo que interesa de la sentencia constitucional no es la parte resolutive o fallo, ni que esta sea estimatoria o no, sino el considerando jurídico en el que se introduce *la ratio decidendi*, a diferencia del *obiter dictum* que tiene una importancia menor.”

SCNS, en donde se han realizado diversas consideraciones de entre las cuales se pueden mencionar que:

Sobre la calidad de la *ratio decidendi*, la SCNS ha se ha pronunciado en el sentido de diferenciar tanto la decisión de la resolución judicial con la identificación de la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*, en tanto se hace referencia a cuestiones diferentes, sin embargo, dentro de la identificación de los motivos de la decisión, la sala advierte que la *ratio decidendi*, posee una doble naturaleza, por una parte la “*descriptive ratio*”, que se refiere a la fundamentación de la decisión; y la otra la “*prospetive ratio*”, que se refiere al razonamiento real de la decisión, para alcanzar así la *ratio decidendi*. En relación a la *obiter dicta*, se ha establecido que es lo declarado por el tribunal, sin embargo son declaraciones no necesarias o no indispensables para la decisión, por tanto, no genera vinculatoriedad en la decisión; su valor es únicamente persuasivo.⁴⁰⁹

Tomando en cuenta el valor de la *ratio decidendi*, dentro del derecho salvadoreño como una expresión de la influencia del *stare decisis*, en la jurisprudencia aparece el *principio del precedente*⁴¹⁰, que en esencia es una técnica argumentativa que se deriva de la aplicación del principio de

⁴⁰⁹ Vid. SSCNS, del proceso ref. 141-2000, del 13/11/2001. La Sala expone de igual manera en la sentencia la importancia de la *ratio decidendi*, y lo hace al exponer que: “En la sentencia dictada en un proceso constitucional hay que distinguir, por una parte, entre el fallo o pronunciamiento que resuelve incontestablemente el conflicto jurídico, y la argumentación o fundamentación jurídica; y, por otra, en ésta última, separar las *rationes decidendi* o motivaciones directamente relacionadas con el pronunciamiento o fallo, de los *obiter dicta*, o argumentos accesorios, aducidos a mayor abundamiento, etc. (...) Al mismo tiempo, se habla también de la “doble naturaleza” de la *ratio decidendi*, que es, de una parte, fundamentación de la decisión –*descriptive ratio*–, y de la otra, norma –*prescriptive ratio*–. En sentido descriptivo se refiere al razonamiento real que siguió el tribunal original para alcanzar la *ratio decidendi*, mientras que en sentido prescriptivo se refiere a que ese razonamiento sí es obligatorio en un *caso posterior* (...) Es claro, pues, que la *ratio decidendi* es la regla necesaria para la decisión, mientras que, a contrario sensu, aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no sean necesarias para la decisión son los *obiter dicta*.”

⁴¹⁰ Vid. SSCAS del proceso con ref. 71-2007, del 18/07/2011. “Siguiendo este mismo orden de ideas, es importante mencionar que paralelo a la doctrina legal se encuentra el principio *stare decisis*, que surge como consecuencia de un precedente sentado por los jueces en las decisiones judiciales. Sin embargo, debe diferenciarse del principio del precedente, pues éste consiste en el uso generalizado de las decisiones anteriores como guía a la hora de adoptar otras decisiones.”

universalidad, la cual es desde el punto de vista de la teoría del razonamiento jurídico, una última garantía de corrección de la interpretación judicial.⁴¹¹

El precedente judicial, es toda decisión anterior, que crea una regla vinculante de aplicación de derecho y que posee relevancia jurídica para el juez que ha de resolver el caso en concreto⁴¹²; el precedente judicial en El Salvador, no tiene una única manifestación, ha de entenderse que dentro de la organización judicial existen niveles de jerarquía y que determinadas decisiones judiciales, tendrán diferente valor para un juez, al momento de contrastar si proviene de sus decisiones anteriores o si proviene de un juez superior.

18.3.1. Clasificación del Precedente Judicial.

El Precedente judicial posee relevancia jurídica, y se le reconoce su carácter vinculante frente a los órganos jurisdiccionales, sin embargo hablar de precedente judicial, no es un concepto excluyente de diferentes formas de vinculación, que se derivan a partir del *tipo de precedente judicial* al cual se estén refiriendo, por lo que debe tenerse en cuenta que hay diversas formas de vinculación del precedente.

En el caso concreto del precedente judicial, éste doctrinariamente se sujeta a criterios de clasificación, reconociéndose así el llamado *precedente vertical*, que su vinculación es en relación a la jerarquía del órgano que emite

⁴¹¹ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Igualdad y Respeto al Precedente” en Revista Derecho y Libertades Instituto Bartolomé de las Casas, temporada octubre- marzo, Madrid, 1993., p. 215. La autora hace un análisis sobre la utilización de la técnica del precedente para la toma de decisiones judiciales, hace énfasis en determinar que no necesariamente el principio de universalización, será el que brinde la respuesta adecuada a todas las situaciones que se puedan presentar, pero en defecto de las demás, esta será una vía viable y lógica.

⁴¹² Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes*. Isonomía, Núm. 21, octubre 2004., p. 220. La regla que crea el precedente judicial, es una herramienta que otorga coherencia y legitimidad a la labor de los jueces, porque genera confianza en los ciudadanos y sobre todo seguridad jurídica de la forma en que se ha de aplicar la ley en casos similares.

el precedente; *el precedente horizontal*, que pretende unificar el criterio de interpretación de los órganos dentro de la misma jerarquía; y *el autoprecedente*, que vincula al juez a su propio criterio anterior en casos futuros e idénticos. Esta clasificación está determinada por el grado de jerarquía del órgano que lo emitió⁴¹³; y más que el grado de jerarquía, por la finalidad que buscan cada uno de ellos; que dentro del sistema jurídico en su totalidad, presentan ciertas características únicas que le son propias del tipo de precedente judicial que se trate.

Por tanto, el precedente vertical, horizontal o en el autoprecedente, su fundamento es diferente, al igual que el grado de persuasión que poseen para su valoración en casos futuros⁴¹⁴; estos tipos de precedente judicial comparten su origen al nacer dentro del ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces dentro del sistema jurídico de El Salvador; y lo que poseen en común, es que estos tipos de precedentes constituyen una de las bases argumentativas de las que dependen los órganos judiciales, para legitimar sus actos conforme a los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

18.3.2. El Precedente Horizontal.

Este tipo de precedente, hace alusión a la vinculación que tiene un tribunal a los precedentes de otros tribunales de igual jerarquía⁴¹⁵; el

⁴¹³ Vid. MONZÓN, Lissett Loretta. *Comentario Exegético a la ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. 1º Edición. Ediciones Legales, Perú, 2011., p. 334. “Los precedentes judiciales se pueden clasificar en: *precedentes verticales*, emitidos por los órganos judiciales jerárquicamente superiores, especialmente de la Corte suprema; *Precedente horizontal*, son las decisiones del tribunal o de los jueces, que son tomadas en cuenta por otro de un nivel semejante; y los *Autoprecedentes*, que vienen a ser el seguimiento y respeto de un mismo Juez o Tribunal de sus propios fallos.”

⁴¹⁴ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica...Ob Cit.*, p. 115. “Cabe distinguir tres tipos de precedentes, dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el órgano del que emanan: precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. Conviene advertir, de entrada, que aunque *todos ellos propician el valor de la justicia uniforme no comparten un mismo fundamento.*” Cursivas propias.

⁴¹⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 135. El autor al referirse al precedente horizontal, lo hace en el entendido que vinculará solo a los jueces que se

fundamento de este precedente se encuentra en el principio de universalidad, que pretende establecer las bases de la justicia en donde lo igual debe ser tratado y juzgado igual, cuya proyección es hacia el pasado y hacia el futuro.

El precedente horizontal tiene menos fuerza persuasiva por crearse dentro de órganos con igual jerarquía, y su función en ocasiones es a título de ejemplo, sin ninguna fuerza vinculante lo suficientemente fuerte para establecer una obligación de motivación por el cambio de precedente.

La regla aplicada a este precedente es, que no es posible que en un sistema donde los jueces estén de igual forma vinculados a la ley, y especialmente los que estén en la misma jerarquía, aparezca que existan dos o más jueces aplicando una misma ley de forma sustancialmente diferente; pues al contrario, se supone que la solución ha de ser la misma si concurren situaciones semejantes a casos ya resueltos por otros jueces dentro del mismo nivel o instancia; por ello es criticable ante casos semejantes, la existencia de diferentes formas de aplicar la misma ley por jueces diferentes de igual jerarquía.⁴¹⁶

El precedente horizontal, es un mecanismo de crear una uniformidad en las resoluciones de los tribunales de la misma jerarquía y del propio tribunal que emite el precedente;⁴¹⁷ su fundamento está en la aceptación de

encuentren dentro de la misma jerarquía, sin embargo advierte que ese precedente no es común su utilización debido a la independencia judicial que poseen los jueces.

⁴¹⁶ Vid. OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente Judicial...Ob Cit.*, p. 58. El autor expone que la existencia de un criterio sentado por un juez en el pleno ejercicio de la facultad jurisdiccional, no puede ser ignorado por otro juez si está en la misma línea jerárquica, puesto que ambos están vinculados por la ley en los mismos términos.

⁴¹⁷ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 135. El autor cita a Gutiérrez Rodríguez al exponer que: “El autor costarricense manifiesta que los tribunales, especialmente los de mayor jerarquía, procuran orientar sus decisiones en razón de resoluciones paradigmáticas para lograr uniformidad en la forma de resolver; esta labor la realizan en base a valores de su propia realidad. De este modo los fallos van adquiriendo cierta concordancia, actual y potencial.”

una llamada *jurisprudencia dominante*⁴¹⁸; que aunque no sea aplicado con frecuencia no deja de constituir un tipo especial de precedente judicial en El Salvador.

18.3.3. El Precedente Vertical.

Consiste en la vinculación de las decisiones de un tribunal jerárquicamente superior a uno inferior; este tipo de precedente se fundamenta en el principio de “juez único” y busca una “justicia uniforme”⁴¹⁹; este es el más común de los precedentes que suele utilizarse dentro del sistema judicial, en cuanto al ser impugnada una sentencia y ser resuelta por el tribunal superior en grado, se está brindando una seguridad jurídica a los ciudadanos sobre la correcta aplicación del derecho y su adecuación a la realidad.

Este tipo de precedente se deriva de la aplicación del sistema *stare decisis*, en la cual la tradición anglosajona ha ayudado a establecer que solo las instancias superiores son las que realmente establecen un criterio aplicable a las instancias inferiores, estableciendo un orden de jerarquía en la cual se aplica de forma vertical⁴²⁰, es decir que las resoluciones de la instancia superior son vinculantes para las inferiores, de ahí el nombre de precedente vertical.

⁴¹⁸ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*...Ob cit., p. 115. al analizar este tipo de precedente menciona que: “(...) la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante.”

⁴¹⁹ *Ibidem.*, p. 115. “El precedente vertical preserva el valor de justicia uniforme y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de Juez Único, que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales.”

⁴²⁰ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Igualdad y Respeto al Precedente” en Revista Derecho y Libertades, Instituto Bartolomé de las Casas, temporada octubre- marzo. España. 1993., p. 212. La autora expone que: “cuando se habla de precedente se suele hacer alusión a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos de observar la doctrina establecida por los tribunales superiores. Se trata del llamado “precedente vertical”, propio de los sistemas de *stare decisis*, cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme es decir, en el ideal de juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho”

De ahí que en el caso más concreto de precedente judicial vertical vinculante en El Salvador, se encuentra las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional⁴²¹, por ser considerado como el máximo intérprete de la constitución, y por tanto sus resoluciones son de carácter vinculante para los tribunales inferiores⁴²², con independencia del control difuso de la constitucionalidad de las leyes a aplicar por los jueces al momento de resolver alguna cuestión que llegue a su conocimiento.

18.3.4. El Autoprecedente.

El autoprecedente es la autovinculación de un órgano jurisdiccional al respeto de su propio criterio, contenido en sus resoluciones anteriores⁴²³ para resolver un caso presente⁴²⁴, que posea similitud en la pretensión y en las circunstancias fácticas; este tipo de precedente es denominado de la misma forma como *precedente doméstico*.⁴²⁵ Difiere por tanto del precedente

⁴²¹ Vid. SSCNS del proceso con ref. 9-2003 del 22/10/2004. Establece que una vez declarada la inconstitucionalidad de una ley, esta pretensión no podrá prosperar puesto que la Sala ha emitido una valoración constitucional sobre el caso en particular.

⁴²² Vid. LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES. D.L. N°. 2996, de fecha 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. N° 15, T. 186, del 22 de enero de 1960. En su art. 10 establece el rango de vinculación de las resoluciones, en cuanto al establecer el control concentrado de la Constitución, al declarar la no existencia de inconstitucionalidad limita el control difuso de los jueces: “Art. 10.- La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria, de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica. Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”

⁴²³ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Igualdad y Respeto al Precedente”...*Ob Cit.* p. 212. “En otras palabras, se entenderá por precedente la autovinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones, razón por la cual acaso resultará más clarificador hablar de autoprecedente para hacer referencia a la misma”

⁴²⁴ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob cit.*, p. 222. Al hacer un análisis de los precedentes verticales y horizontales, expone lo que ha de entenderse como un autoprecedente: “finalmente, al autoprecedente: en este supuesto, a diferencia de los anteriores, el tribunal que dictó el precedente es el mismo que tiene que resolver el caso, por lo que el material jurisprudencial con el que opera está constituido por las propias decisiones, debiendo realizarse en definitiva”

⁴²⁵ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Interpretación Constitucional*. 1º Edición, CNJ- ECJ, El Salvador, S.F., p. 50. Al referirse al autoprecedente expone que: “El autoprecedente consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual a veces se hace referencia a él como *precedente doméstico*.”

vertical, en cuanto la obligación de respetar sus argumentos, no está determinada por un pronunciamiento de una instancia superior.

Y también es diferente al precedente horizontal, por no tomar en consideración el precedente establecido por un órgano en igual jerarquía; el fundamento del autoprecedente no se encuentra en la exigencia de justicia uniforme, sino que se encuentra en el *principio de universalización*⁴²⁶; el cual es un principio de argumentación que rige el razonamiento práctico y por consecuencia el razonamiento jurídico de los órganos jurisdiccionales.

La SCNS en su sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad ref. 41-2000Ac, del 13 de noviembre del 2001; al referirse al autoprecedente, reconoce la Sala la vinculación al referirse que: “(...) en su fase de evolución, esta Sala ha admitido una fuerza vinculante *sui generis* de un tipo de precedente que es calificado por la doctrina como *autoprecedente*, entendiéndose por tal aquel originado por el mismo tribunal, el que lo obliga a someterse a sus propias decisiones surgidas en los procesos –sobre todo de inconstitucionalidad– que ha conocido anteriormente.”⁴²⁷

Esta vinculación la sala la califica de *sui generis*, las consideraciones están enraizadas con la aplicación del principio de *estare decisis* que establece la regla de vinculación de los jueces a los precedentes judiciales; pero con especial énfasis a las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que la Sala de lo Constitucional, no está vinculada a otro órgano superior; por tanto, se vincula a sí misma a respetar lo ya establecido; pero este principio no es el único fundamento; también, encuentra su fundamento

⁴²⁶ Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. S. E. Palestra Editores, Lima, 2008., p. 262. Con relación al principio de universalización en el análisis del precedente, expone de forma clara que: “el fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad”

⁴²⁷ Vid. SSCNS del proceso de inconstitucionalidad ref. I41-2000Ac, del 13/11/2001. La Sala califica de especial el tipo de vinculación, porque al contrario del precedente vertical, en el caso de la sentencia de inconstitucional, no existe una instancia superior, que determine algún tipo de vinculación de la sala, por tanto son sus mismas resoluciones las que vinculan a la sala de lo Constitucional, a respetar su criterio establecido.

constitucional en el principio de igualdad del art. 3 de la Cn⁴²⁸, en cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley.

También en la jurisprudencia de la SCAS se ha reconocido la necesidad del cambio del autprecedente para el sistema jurídico; en la sentencia del 25 de mayo del año 2009. Bajo la referencia 104-T-2004: expone que: “(...) surge también el concepto del autprecedente, el cual es la decisión judicial originada por el mismo Tribunal, que lo obliga a someterse a sus propias decisiones. Sin embargo, a pesar de que el principio *stare decisis* tiende a la consistencia y uniformidad de las decisiones, esto no implica que sea inflexible el mismo tribunal en sus propios fallos, pues tal conducta llevaría a la petrificación de la jurisprudencia.”⁴²⁹

El autprecedente al igual que los demás precedentes judiciales no puede omitir la realidad, de ahí que la flexibilidad en su aplicación o su no aplicación, está determinada por las circunstancias fácticas y jurídicas, controlando de esta forma a los órganos jurisdiccionales para evitar una aplicación arbitraria de la ley, por parte de los diferentes niveles jerárquicos de la organización judicial en El Salvador.

Por lo tanto, no se puede hablar de simplemente *precedente judicial* en un solo sentido, sino que dentro del derecho salvadoreño, existen diferentes tipos de precedentes cuyos fundamentos son diferentes, pero sin embargo la finalidad sigue siendo la misma, que consiste en crear una regla lógica de aplicación del derecho.

⁴²⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. “Art. 3: Todas las personas son iguales ante la ley (...)”

⁴²⁹ Vid. SSCAS del proceso bajo la ref. 104-T-2004, del 25/05/2009; ref. 98-T-2004, del 30/05/2008. La sala reconoce que no sin perjuicio que estar vinculado a su autprecedente, el mismo no puede considerarse como una regla inmodificable, sino que pretende establecer la seguridad jurídica a las personas, por tanto cuando existan motivos justificados para modificarlo, se deberá cambiar el precedente para que siga teniendo validez y vigencia.

19. LOS PRECEDENTES NO NORMATIVOS.

Este tipo de precedente, al contrario a los anteriores, no poseen fuerza vinculante autónoma; sin embargo la carencia de su obligatoriedad, en los términos que lo hace el precedente judicial, no le restan importancia; porque tales precedentes poseen utilidades diferentes y de ellos se desprenden efectos jurídicos⁴³⁰, que de una u otra forma vinculan al órgano que los emite, pero no con carácter imperativo y autónomo, sino que su vinculación se desprende de la aplicación de diversos principios jurídicos, sobre todo del nivel de reconocimiento jurídico que les otorgue la ley.

Es así que estos precedentes generan confianza e igualdad en las personas frente al Estado; la principal razón de ello se deriva del hecho que un acto anterior puede ser considerado como un parámetro de comparación frente a uno presente, mediante el uso del sentido común y la razón; a esto se le denomina *modelo natural*⁴³¹, el cual vincula de forma autónoma sin la necesidad de crear una vasta teoría sobre el precedente, ya que bastará el uso de la razón para entender que si un acto ha sido ya antes realizado, por razones lógicas y de conveniencia práctica, se aplicará la misma solución en el caso presente.

No es posible negar de forma completa cualquier tipo de vinculación, pero es de hacer mención que dicha vinculación es indirecta⁴³²; es decir el

⁴³⁰ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo... Ob Cit.*, p. 536. “La negación de carácter normativo al precedente no puede implicar el rechazo de otras posibles utilidades y funciones en el ordenamiento jurídico. Las decisiones pasadas generan razones para decidir los casos presentes en el mismo sentido de forma natural.”

⁴³¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 173. “La forma de funcionamiento de este tipo de precedentes puede identificarse con el denominado modelo natural (*natural model*) de precedente (...) De acuerdo con este modelo las decisiones pasadas generan razones para decidir los casos presentes en el mismo sentido de forma natural.”

⁴³² Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo... Ob cit.*, pp. 535-536. “Los precedentes no normativos, no vinculan por sí mismos; no tienen autoridad, se presentan como hechos de la realidad, aparecen como actos anteriores que actúan

precedente no es vinculante por sí mismo, como en el caso de los precedentes normativos; sino que lo es a través de la aplicación de ciertos principios complejos como el de igualdad, de seguridad jurídica o confianza⁴³³ y adicionalmente el de prohibición de la arbitrariedad.

La crítica que se hace al modelo natural del precedente no normativo, es que el hecho que exista un acto anterior, encuentra una vinculación moral para casos futuros, pero no necesariamente este acto anterior tendrá que aplicarse, porque es posible que mediante la función correctora de la aplicación del derecho, se haya determinado que el acto anterior carece de legalidad en contraste con el principio de legalidad administrativa.

Dentro de los modelos de precedente no normativos, se encuentra la llamada *autovinculación* propia del derecho Alemán, la cual presenta un sistema especial de vinculación de la administración a ciertos principios del derecho; y del mismo modo la situación del *precedente administrativo*; estos dos modelos establecen un tipo de vinculación no normativo, que se sustentan en base a principios del derecho, que les otorga un grado de relevancia jurídica y un tipo especial de vinculación.

19.1. La Autovinculación de la Administración.

La autovinculación de la administración se vincula estrechamente con el precedente administrativo, esta figura nace en el derecho alemán

como piezas indispensables para garantizar el cumplimiento de las exigencias de determinados principios generales de derecho, o que constituyen el supuesto de hecho de una norma escrita.”; además Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 173. “Sólo pueden ser indirectamente vinculantes. Los precedentes se presentan como hechos de la realidad.”

⁴³³ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, pp. 88 -86. Es el caso del precedente administrativo, que sus fundamentos se encuentran en la valoración de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Del mismo modo Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p.p. 10-12. Los fundamentos de la vinculación del precedente administrativo se encuentran en la seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley entre los administrados y la administración pública.

denominándose “*Grundsatz der Selbstbindung*”⁴³⁴, tiene una relevancia para el estudio del precedente administrativo, en tanto la autovinculación se refiere al efecto y las consecuencias vinculantes que pueden derivarse de algunos principios jurídicos sobre la base de actuaciones previas del poder público.

La autovinculación se encarga de ordenar los efectos vinculantes de las actuaciones de la administración que no tienen valor normativo⁴³⁵; en esta concepción de autovinculación se incluyen los precedentes administrativos, pero también, actos como las instrucciones y las disposiciones internas de la administración, es decir, el presente administrativo no se presenta de manera autónoma.⁴³⁶

De acuerdo con esta autovinculación administrativa, no interesa si se está frente a una práctica administrativa o si se está frente a un precedente administrativo; de ahí que cualquier forma de cambio de criterio inmotivado del acto anterior en sentido pleno es considerada una arbitrariedad⁴³⁷; de ahí que se utilice la expresión de vinculación de los poderes públicos, de forma general.

⁴³⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 177. “La idea de autovinculación surge en Alemania en el siglo XIX, desde entonces, los supuestos de hecho que comprende han ido ampliándose en el transcurso del tiempo.”

⁴³⁵ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso... Ob Cit.*, p. 536. “ (...) la razón de ser de la auto-vinculación deriva directamente de las exigencias del principio de Estado de Derecho, que exige que la administración actúe conforme a las normas o, como mínimo, con arreglo a principios.”

⁴³⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*” en la Revista Española de Derecho Administrativo, N° 143. España. 2009., pp. 459-450. “La autovinculación, presente en los ordenamiento alemán (*Selbstbindung der Verwaltung*), italiano (*autolímene*), y europeo, se encarga de ordenar los efectos vinculantes de las actuaciones de la Administración que no tienen carácter normativo. Así que incluye los precedentes, pero también otros actos como las promesas y principalmente, las instrucciones y disposiciones internas de la administración.

⁴³⁷ Vid. *Ibidem.*, p. 458. “En Alemania se ha desarrollado el concepto de autovinculación de la administración, que también está presente en el derecho europeo y el derecho italiano. De acuerdo con esta idea un apartamiento injustificado de los parámetros decisorios que uno mismo ha establecido en un ámbito discrecional se considera un clásico vicio en el ejercicio de la discrecionalidad desde el punto de vista de la prohibición de la arbitrariedad.”

La utilidad de la autovinculación es fundamental para el control de las actuaciones de la administración, entendidas de forma general, incluyendo los actos de administración así como los actos administrativos, sea la naturaleza que sea, sobre este punto la autora Silvia Díez Sastre expone que: “La autovinculación obliga a la administración a tener que pensar en un contexto más amplio, más allá de la actuación o decisión concreta”⁴³⁸; la vinculación a la que hace referencia proviene de forma autónoma, siendo necesaria la concurrencia de principios, que legitime en cierta medida la vinculación generada para la administración pública, de *autolimitarse*, en sus actos y decisiones.

Los fundamentos materiales de la autovinculación son el principio de igualdad⁴³⁹; el principio de buena fe; principio de protección de confianza, sin embargo hay que hacer mención que las manifestaciones de estos principios difiere según el ordenamiento jurídico de que se trate, por lo que se deberá entender en los términos que el legislador o la jurisprudencia los hayan desarrollados.

Una característica especial es que la autovinculación de los poderes públicos también le brinda valor jurídico a las prácticas administrativas, las cuales son diferentes al precedente; de ahí que para que esta práctica tenga algún valor vinculante, esta doctrina determina que solo será realmente vinculante si concurre la aplicación del mismo criterio de forma reiterada, es decir se aplica el principio de igualdad solo dentro de una relación de dos o más actos, constituyendo así la llamada *autovinculación relacional*; de forma inversa también se ha reconocido una *autovinculación no relacional*, cuando

⁴³⁸ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 177. La importancia de la autovinculación para el derecho europeo es trascendental, en los términos que plantea la autora, concluye que la autovinculación presenta un margen mayor de control de la administración, a través de la aplicación de ciertos principios jurídicos.

⁴³⁹ Vid. *Ibidem.*, p. 180. “La autovinculación es entonces una fórmula derivada de la exigencia de igualdad de trato favorable aplicable a la actividad de los poderes públicos, el legislador, el Poder Judicial y, por supuesto, la Administración.”

esta es derivada de la aplicación de los principios de buena fe y protección de confianza.⁴⁴⁰

Sobre el ámbito de aplicación de la autovinculación generalmente se aplica sobre las facultades discrecionales de la administración pública, de ahí que posee un rasgo común con el precedente administrativo donde también de forma general se acepta su aplicación en los casos que la ley otorgue algún tipo de libertad optativa.

La autovinculación administrativa del derecho alemán, es un precedente no normativo al igual que el precedente administrativo⁴⁴¹, sin embargo esta falta de distinción entre práctica administrativa y lo que es un precedente administrativo, tiene como consecuencias reconocer y otorgar efectos vinculantes a todas las actuaciones anteriores de la administración sin tomar en consideración su naturaleza.

Por lo tanto, es necesario establecer que dentro del derecho Español como dentro del derecho Salvadoreño, el precedente administrativo es una figura jurídica con sus particularidades y que su aplicación no se debe de entender en los términos de la autovinculación administrativa, que comprende un espectro mucho más amplio de aplicación y por lo tanto merece un estudio especializado, que permita mostrar el amplio espectro que presenta como una manifestación concreta de un límite hacia la administración pública.

⁴⁴⁰ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p.460. La autora expone que dentro de la autovinculación se entienden dos tipos, las nacidas de la aplicación del principio de igualdad y las nacidas de la aplicación de los principio de buena fe y protección de confianza; y lo hace al explicar que: “ Junto a la autovinculación relacional, apoyada en el principio de igualdad, se ha aceptado la existencia de una autovinculación no relacional, ligada a los principios de buena fe y de protección de confianza.”

⁴⁴¹ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*...*Ob Cit.*, p. 533. Al referirse sobre la clasificación de los diversos tipos de precedentes expone que: “Dentro de los precedentes normativos, se identifican el precedente consuetudinario; y el precedente judicial en el *Common Law*. Dentro de los precedentes no normativos: el precedente administrativo (España); la autovinculación de la administración (Alemania).”

19.2. El Precedente Administrativo.

El precedente administrativo es un tipo de precedente no normativo, que sin ánimos de definirla y de forma muy simple es considerado como un “acto de interpretación y aplicación de las normas”⁴⁴²; sin embargo la definición se construye a partir de que, su aplicación tiene la característica de resolver un caso presente tomando en cuenta la solución dada en un caso anterior, y mediante el respeto de los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad o buena fe.

Conocida la definición de lo que ha de entenderse como precedente administrativo⁴⁴³, de ahí surgen una serie de interrogantes lógicas como: ¿qué es el precedente administrativo?; ¿es una doctrina, una técnica, una institución o una fuente de derecho?; estas preguntas toman mayor relevancia a medida que se hace un análisis mucho más exhaustivo acerca de esta figura del derecho administrativo.

Son diversos los estudios que hacen referencia de la existencia de una “doctrina del precedente administrativo”; el primer intento de unificar la construcción jurídica de una doctrina del precedente fue Luis Díez-Picazo, quien expresó: “utilizar la expresión *doctrina* del precedente administrativo tiene algún sentido. Por un lado, es posible ofrecer una explicación ordenada del precedente administrativo como institución. Por otro, y lo que es más

⁴⁴² Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 175. La autora expone la importancia del precedente administrativo como un mecanismo de control de la administración y que su importancia jurídica no está en su carácter normativo, sino en la función controladora de los actos de la administración frente a la aplicación de los principios generales del derecho.

⁴⁴³ Nota: Sobre el concepto de Precedente Administrativo véase el tema 3.4.

importante, dicha explicación revela que se trata de una *técnica jurídica* que cumple determinados fines.”⁴⁴⁴

En la actualidad, no queda duda que el precedente administrativo, lejos de ser un fenómeno jurídico aislado, es una institución jurídica que posee ciertas características que la distinguen de entre otros tipos de precedentes; es difícil de unificar la procedencia sistemática de una teoría que comprenda todos los aspectos del precedente administrativo, la razón se encuentra en que por una parte su concepción dentro del derecho anglosajón, difiere sustancialmente de la desarrollada por el sistema continental de derecho.⁴⁴⁵

Por una parte, el precedente puede configurar efectivamente una fuente de derecho en el *common law*; mientras que para el sistema continental, esta posibilidad está limitada por la preeminencia en la valoración del principio de legalidad administrativa, que establece que la administración pública no tiene más facultades de las que la ley le otorga.

Desde una visión formalista, el precedente administrativo es entonces la forma habitual en que la administración resuelve un conflicto de intereses frente a sus administrados mediante la aplicación de la ley, creando una regla de inercia que no puede contravenir la vinculación de la administración a la legalidad. Pero el precedente no es *la interpretación de la norma* en sí; ni la forma en que está expresada en la resolución; sino en las formas y los métodos de interpretar y aplicar la norma a un caso similar previamente

⁴⁴⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 43. En su análisis, pretende establecer la forma en que el precedente administrativo se configura como una doctrina que merece su lugar dentro del análisis del derecho administrativo.

⁴⁴⁵ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*La Fuerza de los Precedentes Administrativos...*” *Ob Cit.*, p. 134. “Desde la perspectiva de la doctrina del derecho administrativo, salvo algunos trabajos aislados, no existe una sistemática en relación con el precedente administrativo, ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del derecho administrativo (...)”

resuelto⁴⁴⁶, es decir a la resolución sustantiva de la administración frente a la pretensión de los administrados.

Esta tesis formalista en los últimos años ha venido evolucionando, al punto que en la actualidad se considera al precedente administrativo como el creador de reglas, principios y conceptos que bajo el contexto de la igualdad, seguridad jurídica, y prohibición de la arbitrariedad o buena fe, son un complemento al sistema normativo; en aquellos casos en los que la solución normativa contrasta con la solución real provista a un caso concreto que afecta a los administrados, sin quebrantar el principio de legalidad que limita toda la actividad de la administración pública.⁴⁴⁷

El precedente administrativo tiene entonces una finalidad concreta, que trasciende de la simple posibilidad de vincular a la administración a su precedente por razones de eficacia; y se convierte en un mecanismo de control de la administración en la aplicación de las potestades administrativas, especialmente, pero no de forma exclusiva en las facultades discrecionales que la ley le otorga a la administración pública.

Al precedente administrativo suele relacionársele con la costumbre, con la práctica, y con las prácticas administrativas; así como también con la rutina administrativa, pero el primero difiere de las figuras posteriores, en tanto el precedente administrativo pretende que la decisión futura de la

⁴⁴⁶ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. *“El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?”*...*Ob Cit.*, p. 4. Hace énfasis en establecer que la formación del precedente necesariamente está relacionada con la interpretación de la ley, pero que no es una técnica de interpretación de la norma jurídica, sino que es la forma en como en casos semejantes se aplican, para de esta forma proveer de seguridad jurídica, de igualdad y evitar el abuso de poder la administración pública.

⁴⁴⁷ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *“La Fuerza de los Precedentes Administrativos...”* *Ob Cit.*, p. 135. *“(...) el concepto anglosajón de precedente, se le reconoce su procedencia a la actividad propiamente administrativa, bajo las estructuras jurídicas del sistema continental o europeo del derecho administrativo, no como excluyentes de la legalidad, sino como creadoras autónomas de reglas, principios y conceptos precisamente para hacer viable bajo contexto de seguridad jurídica, buena fe, igualdad, el principio de legalidad.”*

administración pública, respete el criterio anterior en casos similares, para evitar los abusos o desviaciones de poder de la administración al momento de ejercer las potestades administrativas.⁴⁴⁸ De ahí que es una herramienta argumentativa, la cual pretende proveer de robustez legal al acto emanado, procurando el respeto del criterio de interpretación de la ley.

Al precedente administrativo en más de una investigación, se le ha otorgado la calidad de fuente de derecho⁴⁴⁹; sin embargo existen también otras diversas posturas, entre las cuales, la que considera al precedente administrativo una figura de carácter instrumental a las fuentes de derecho; y por consiguiente le resta cualquier calidad de fuente creadora de derechos para el administrado.⁴⁵⁰

Además, al precedente administrativo se le considera también como una técnica de control de la legalidad, porque el quebrantamiento del respeto de un precedente puede ser, el elemento principal o accesorio de una pretensión en sede jurisdiccional.⁴⁵¹ En tal sentido el precedente administrativo pretende la comparación entre dos actos decisorios, que permite advertir cualquier vulneración a los principios constitucionalmente reconocidos.

⁴⁴⁸ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. *“El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?”*...*Ob Cit.*, p. 4. “Por tanto, el precedente administrativo no es ni la costumbre, ni los usos, ni las prácticas administrativas las cuales incluso participan en su formación; el precedente administrativo es la decisión sustantiva previa de la administración que genera derechos e intereses para los administrados que puede ser aplicable a un caso similar.”

⁴⁴⁹ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I...Ob Cit.*, p. 171. El autor considera al precedente administrativo como una manifestación de la interpretación de la ley, en consecuencia es una herramienta interpretativa de las normas jurídicas que rigen las facultades de la administración pública.

⁴⁵⁰ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 539. Citando a Josep Aguiló Regla, expone que el precedente administrativo aparece dentro del derecho administrativo como: “una figura de carácter instrumental con respecto a las mencionadas fuentes”.

⁴⁵¹ Nota: sobre este punto se ampliará en el capítulo final de la investigación.

Aunque el control jurisdiccional trascienda del ámbito de aplicación del precedente administrativo, al ser este un acto administrativo, siempre existirá la posibilidad de impugnarlo ante los órganos jurisdiccionales por la vulneración de los principios constitucionales que lo sustentan y amparan⁴⁵², que también rigen al nivel normativo secundario o de la legalidad de las potestades de la administración.

Todo lo anterior, son manifestaciones de las diferentes aristas que posee el precedente administrativo, el cual ha evolucionado a través de los años, por ejemplo; en la década de los años cincuenta el precedente administrativo en España era considerado como “la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el administrador ante supuestos idénticos, excepto los cursos en que razones de oportunidad y conveniencia derivadas de la valoración del interés público exigen un trato de desigualdad de los administrados ante la Administración”.⁴⁵³

Mientras que en la actualidad se reconoce por una parte, que no es necesario ningún tipo de reiteración para que el precedente administrativo se forme; claro está que para aplicarlo ha de existir una segunda situación, con identidad tanto de hecho como de derecho para poder realizar el examen de semejanza y así determinar si se el precedente administrativo es aplicable o no.

⁴⁵² Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 43. “La doctrina del precedente es, por ello, un instrumento técnico al servicio de los mencionados principios generales del Derecho. Es un medio para detectar si la Administración ha violado estos principios, así como para determinar cuándo puede apartarse de ellos legítimamente.”

⁴⁵³ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 102. Esta primera concepción histórica del precedente administrativa ha de revisarse mediante las nuevas técnicas administrativas, que a partir de este primer estudio, tanto en la doctrina de los expositores del derecho, así como en la diversidad de pronunciamientos jurisprudenciales es notable el desarrollo de esta figura, en términos diferentes a los planteados preliminarmente por José Ortiz Díaz.

Por otra parte, el precedente administrativo, no sólo es esa resolución de derecho objetivo, sino que también es un instrumento de control de la arbitrariedad de la administración. De ahí que al precedente administrativo es importante distinguirlo de otras figuras jurídicas que suelen relacionarse con él en la actualidad.

19.2.1. El Precedente Administrativo y otras Figuras Jurídicas.

Una vez analizada la multidimensionalidad que el precedente administrativo plantea, debe ser distinguido de figuras que suelen confundirse entre sí; en el primer capítulo se realizó la diferencia que existen entre lo que son las prácticas y la práctica administrativa, la rutina administrativa y la costumbre administrativa⁴⁵⁴; ahora bien existen otras instituciones que son eminentemente jurídicas, que a lo largo de la evolución del precedente administrativo han sido tratadas en algún momento de manera indistinta, lo cual plantea un error.

A través del análisis de cada institución en el presente trabajo, se han expuesto los motivos del porque no se pueden considerar como los fundamentos de la vinculación que el precedente administrativo posee frente a la administración; porque resuelven problemas propios que son ajenos a la verdadera naturaleza del precedente administrativo; aunque en todo caso no se puede negar que provienen de la aplicación de los mismos principios informadores y limitadores del derecho.

Pero la técnica jurídica con la que se desarrollan es distinta, la cual se adecua a circunstancias específicas, y que en cierta medida no es

⁴⁵⁴ *Nota:* Aunque la costumbre es una figura jurídica, se analizó en el primer capítulo para efectos de hacer una correcta distinción entre los comportamientos administrativos, por esa razón aunque no se haga mención en este capítulo, debe de tenerse incluida a la costumbre como una figura jurídica que posee similitudes y diferencias con el precedente administrativo en los términos expuestos con anterioridad.

intercambiable entre una institución u otra, de ahí que para algunos autores se denominan a estas instituciones como los falsos fundamentos del carácter vinculante del precedente administrativo.⁴⁵⁵

19.2.1.1. La Doctrina de los Actos Propios.

Existe una estrecha relación entre la doctrina de los actos propios y el precedente administrativo; pues ambas tienden a analizar las actuaciones pasadas de los órganos administrativos. Sin embargo, esta doctrina hace referencia a situaciones muy diferentes a las que pretende comprender el precedente administrativo.

La doctrina de los actos propios o “*stoppel*” en el derecho anglosajón,⁴⁵⁶ suele ser fuente de conflicto con la idea de precedente administrativo⁴⁵⁷; la razón se encuentra en determinar el tipo de actos que quedan vinculados; al analizar esta teoría, se establece que proviene de la aplicación de la regla “*venire contra factum proprium non valet*”, que significa que “nadie ha de estar permitido contra sus actos propios”⁴⁵⁸; y de la regla

⁴⁵⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, Ob Cit., p. 15. “Es conveniente aclarar que el carácter vinculante del precedente administrativo no se fundamenta en estos institutos jurídicos, porque existe el peligro, en el que alguna vez se ha caído, de creerlo así. Este peligro quizá proceda de que esos institutos, por un lado, y el precedente administrativo, por otro, son técnicas jurídicas distintas que, en alguna medida, proceden de unos mismos principios (...)”.

⁴⁵⁶ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...Ob Cit., p. 62. El autor cita de forma textual a Rondón de Sansó, quien expone que: “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.”

⁴⁵⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*...Ob Cit., p. 240. “La teoría de los actos propios (o el estoppel del Derecho anglosajón), nacida en el ámbito del Derecho civil y adoptada en el Derecho administrativo, suele ser fuente de conflicto con respecto a la idea de precedente administrativo.”; Vid. PUIG BRUTAU, José. *Estudio de derecho Comparado, la Doctrina de los actos Propios*. Editorial Ariel, Barcelona, 1951., p. 105. “no hace falta mucho esfuerzo para demostrar o hacer ver que esta descripción de la doctrina del *estoppel*, que se trata de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la doctrina de los actos propios.”

⁴⁵⁸ Vid. PUIG BRUTAU, José. *Estudio de derecho Comparado*...Ob Cit., p. 97. Expone que la aplicación de los principios generales del derecho – entendidos como principios constitucionales– tiende a crear problemas con la aplicación de esta figura y afirma que: “Uno de los principios generales del Derecho de más frecuente invocación en la práctica forense, sin que, a pesar de ello, exista la deseable claridad y precisión acerca de su fundamento y de los límites de su actuación, está contenido

“*proprium factum nemo impugnare potest*”, que significa que “nadie puede impugnar su propio hecho.”⁴⁵⁹

Se debe de tener en cuenta que se aplica dentro de una misma relación jurídica, en donde existe una conexión entre el acto anterior y el siguiente⁴⁶⁰; y que está relacionada íntimamente con la idea de buena fe⁴⁶¹; en cambio, el precedente administrativo, se manifiesta entre dos actos administrativos distintos; de ahí que la aplicación de la doctrina de los actos propios resulta ineficaz en la casuística de aplicación del precedente administrativo, porque en ésta, el acto anterior que vincula al siguiente se da entre dos administrados distintos, en diferentes relaciones jurídicas.⁴⁶²

Sin embargo, Rodrigo Céspedes Proto, considera a la teoría de los actos propios como fundamento de la vinculatoriedad del precedente administrativo, y lo hace al exponer que: “la administración al emitir un pronunciamiento en determinado sentido, se encuentra ligada por dicho acto para el futuro; apartarse de esa interpretación de la ley implicaría ir contra sus propios actos, dañar la seguridad jurídica y en definitiva discriminar”.⁴⁶³

en la regla *venire contra factum prorum non valet*, es decir, que a nadie ha de estar permitido ir contra sus propios actos”

⁴⁵⁹ Vid. NELSON NICOLLIELO. *Diccionario del Latín Jurídico...Ob cit.*, p. 241. Proveniente del Latín, cuyo significado se aplica a la teoría de los actos propios en la actualidad.

⁴⁶⁰ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 240. “La doctrina de los actos propios se refiere a situaciones en las que existe una conexión entre el acto anterior y posterior en las que, por tanto, los sujetos afectados son los mismos.”

⁴⁶¹ Vid. *SSCS con referencia 1507-2002, del 19/08/2002*. Citando de forma literal el párrafo 7 del Romano III) expresa que: Importante es, subrayar, que conforme la *Doctrina de los Actos Propios*, los particulares pactan con el Estado de buena fe y al comprometerse en este tipo de cláusulas, no puede retractarse de un acto anterior. Se dice que la buena fe asume dos formas: Buena fe objetiva (buena fe lealtad) y Buena fe Subjetiva (buena fe creencia).”

⁴⁶² Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 41. “(...) el precedente administrativo, apunta, por definición a relaciones jurídicas disímiles. En este sentido, quien alega el precedente es un sujeto distinto con respecto al cual dicho precedente se produjo; por el contrario, quien alega los actos propios, se trata de la misma persona que fue sujeta de la actuación administrativa.”

⁴⁶³ Vid. CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. “*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa*” en la Revista Chilena de Derecho, vol. 28, N° 1, 2001., p. 154. El autor expone, que la teoría de los actos propios es uno de los fundamentos de la vinculatoriedad del precedente administrativo; pero en

Este razonamiento, hace la consideración que el pronunciamiento de la administración pública, genera un derecho a favor de un administrado y que el mismo tiene carácter de “fuente de derecho”; porque, sus efectos trascienden de simple relación jurídica individual, nacida entre el pronunciamiento de la administración y el administrado; y así los derechos nacidos del mismo, pueden ser invocados por otro administrado.

En este supuesto el principio “*venire contra factum proprium non valet*”, aplicada al derecho administrativo, se relaciona más con la autovinculación del derecho alemán, de ahí que el autor puede considerar esta teoría como fundamento del precedente; sin embargo no quiere decir que la teoría de los actos propios y la autovinculación se refieran a lo mismo.⁴⁶⁴

Lo anterior, deforma la verdadera finalidad de la teoría de los actos propios, en cuanto, en esencia se trata de una técnica que opera dentro de una misma relación jurídica y constituye un límite impuesto por la buena fe al ejercicio de una potestad; en cambio cuando hablamos de precedente administrativo, nos estamos refiriendo a relaciones jurídicas diferentes.⁴⁶⁵

De ahí que se tienen criterios jurídicos de distinción entre la doctrina de los actos propios y el precedente administrativo, entre ellos: a) *La relación de actos anteriores*⁴⁶⁶; en donde en esta teoría –de los actos propios- los

dicho análisis obvia, que este principio se aplica en una relación jurídica donde existe una identidad subjetiva determinada, en cuanto vincula la decisión sobre el administrado a quién beneficia una resolución anterior.

⁴⁶⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 240. La autora expone que la teoría de los actos propios está enraizada más a la concepción de autovinculación administrativa en los términos del derecho alemán, aunque hace la aclaración que no tratan de lo mismo.

⁴⁶⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, Ob Cit. Pág. 16. Expresa que la diferencia entre el precedente administrativo y la doctrina de los actos propios, es precisamente, esa característica, de trascendencia de relaciones jurídicas, en tanto la doctrina de los actos propios se aplica a una misma relación jurídica, el precedente administrativo, se aplica a diferentes relaciones jurídicas con distintas personas.

⁴⁶⁶ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*” en *RAP...Ob Cit.*, p. 92. “en el caso del “precedente”, el acto predecesor puede no tener relación en absoluto con el ulterior. La resolución que

actos provienen a través de una línea sucesiva en el tiempo; b) *La naturaleza de los actos que los configuran*⁴⁶⁷; para el caso del precedente se refiere al acto administrativo que resuelve un caso concreto, en cambio en la teoría de los actos propios, comprende además actos de carácter jurisdiccional, comprendiéndose así los autos, decretos y demás resoluciones; y c) *Su ámbito de aplicación*⁴⁶⁸; en cuanto a este punto, esta teoría se aplica de forma indistinta entre la administración y los particulares.

Sin embargo, también es aplicable a los actos por el órgano jurisdiccional, por tanto el ámbito de aplicación es mucho mayor que el del precedente administrativo, el cual solo se limita al ámbito administrativo; de esta forma ha de entenderse, que la teoría de los actos propios se refiere a una situación diferente a la que comprende el precedente administrativo.

19.2.1.2. La Regla de la Analogía.

Una relación tradicionalmente confusa en la jurisprudencia y la doctrina es la existente entre el precedente administrativo y la analogía⁴⁶⁹; específicamente en España se da esta situación la cual deriva de la interpretación del Art. 4 del CCE.⁴⁷⁰ Por ello, es imperativo hacer un análisis

integra el acto posterior no modifica en nada los efectos jurídicos del *precedente*, pueden ser dos actos totalmente independientes, a diferencia de los casos en que juega la doctrina de los actos propios, en que se precisa la debida conexión entre ellos.”

⁴⁶⁷ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 41. También, se enfatiza que al hablar del precedente administrativo se hace referencia a un acto administrativo propiamente dicho, es decir, a aquella declaración unilateral de voluntad emanada de la Administración. En cambio, al hablar de acto propio, en sentido estricto, la remisión es a conductas, comportamientos deducidos, pero difícilmente a declaraciones de voluntad expresas.

⁴⁶⁸ *Ibidem...Ob Cit.* pp. 41. “Adicionalmente, una diferencia formal resulta en que la doctrina de los actos propios le es aplicable tanto a los órganos de la Administración como a los particulares; en contraste, por naturaleza, el precedente administrativo se refiere únicamente a las Administraciones Publicas.”

⁴⁶⁹ Vid. *STSE del 9 de febrero de 1990*. “Cuando la ordenación aplicable presenta lagunas o suscita dudas, las decisiones anteriores pueden alcanzar fuerza vinculante para llenar la laguna o resolver la oscuridad de las normas precisamente en conexión con el principio de igualdad.”

⁴⁷⁰ Vid. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Art. 4: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen

breve sobre la analogía, para luego establecer la diferencia que tiene frente al precedente administrativo.

La analogía es considerada como “una relación o semejanza entre dos o más cosas distintas,” tal relación de semejanza podría confundirse con el juicio de semejanza que opera en el precedente administrativo para poder determinar la concurrencia de los elementos necesarios para su aplicación; jurídicamente al analizar la analogía, ésta se refiere a la relación entre un precepto normativo y una situación diferente pero no sustancialmente, a la regulada en la norma jurídica.⁴⁷¹

También la analogía es considerada, como un procedimiento mediante el cual un caso no previsto en la ley, puede ser resuelto por la aplicación de las mismas normas que han sido instituidas para una cuestión semejante⁴⁷²; por lo que hace referencia a la aplicación de la ley en caso no exista disposición legal expresa que rijan o regule determinado ámbito de la realidad, de ahí que la analogía se considera como un instrumento para la aplicación de la ley.⁴⁷³

Por otra parte, la analogía se considera diferente a la inducción, porque esta parte de lo particular a lo general, en cambio, la analogía integra situaciones deferentes con similitudes esenciales, hacia una solución

otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”

⁴⁷¹ Vid. CARPIZO, Jorge y E tal. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo I...*Ob Cit.*, p. 145. “la doctrina ha considerado que para que la analogía sea válida debe de haber una identidad de carácter sustancial entre el hecho expresamente regulado por la norma y aquel a que ésta se pretende aplicar”

⁴⁷² Vid. SERRAS ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 215. La analogía lejos de ser solo una técnica argumentativa, es considerada como un proceso deductivo, en cuanto a partir de un hecho conocido se puede establecer el resultado mediante la aplicación analógica del derecho.

⁴⁷³ Vid. ORTIZ SANCHEZ, Mónica; y PEREZ PINO, Virginia. *Léxico Jurídico para Estudiantes*. 2ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2004. Pag.58. “Medio o instrumento técnico jurídico por el cual se le aplica a un supuesto no previsto en las leyes la regulación destinada a un caso con el que guarda similitud.”

particular idéntica.⁴⁷⁴ En otras palabras, la analogía supone una relación no regulada por el legislador y una relación similar regulada en una norma expresa, por tanto, en situaciones en las que el legislador deja los llamados “pasajes oscuros” o “vacíos de ley”, estas son superadas por la aplicación esquemática siguiente: Si “A” regula “B” y “C” es similar substancialmente a “B”; “A” puede aplicarse a “C”.

Con relación a su clasificación, la analogía se clasifica en primer lugar como “*analogía legis*” llamada también analogía legal, y se presenta entre una norma jurídica determinada y un hecho diferente al que ésta regula; en el derecho salvadoreño se encuentra recogida este tipo de analogía en el Art. 22 inciso segundo del CC, el cual establece que: “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”⁴⁷⁵; de forma expresa establece un sistema de integración basado en la aplicación de leyes afines a la situación no regulada.

Lo anterior, se manifiesta de manera más clara en el art. 2 inciso uno de la LGMP, la cual establece: “Quedan comprendidos en las disposiciones de esta ley y sus reglamentos, todas las relaciones jurídicas vinculadas a la actividad marítima y portuaria. A falta de disposiciones de derecho marítimo portuario en la presente Ley y en cuanto no se pudiere recurrir a la *analogía*, se aplicará el derecho común”⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1...*Ob Cit.*, pp. 120-121. “la analogía es distinta a la inducción, ya que esta va de lo particular a lo general mientras que la analogía va de lo particular a lo particular coordinado.”

⁴⁷⁵ Vid. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.L. N° 634, del 15 de abril de 1952, publicado en el D.O. N° 77, Tomo 155, del 25 de abril de 1952. Establece en su art. 22 alguna de las reglas de interpretación de la ley.

⁴⁷⁶ Vid. LEY GENERAL MARÍTIMO PORTUARIA. Emitida mediante el D.L., N° 994, el 19 de septiembre del 2002, publicada en el D.O. numero 182, tomo 357, el día 1 de noviembre del 2002. El Salvador. El artículo en mención hace una expresa diferencia entre lo que se considera analogía e interpretación analógica.

Este artículo presenta la particularidad, de establecer a la analogía como un mecanismo de aplicación de la ley a situaciones no reguladas en ella, siempre y cuando posean una similitud sustancial, y en caso no poder suplir ese vacío legal, se ordena una aplicación subsidiaria del derecho común.

Y en segundo lugar, la “*analogía juris*” o analogía jurídica⁴⁷⁷; es aquella que se establece entre los principios generales del derecho y una situación fáctica concreta. Con relación a la analogía *juris*, en el Art. 2 de la LPIAMA⁴⁷⁸ presenta una clara distinción entre la analogía legal y la jurídica, al establecer que: “Sólo cuando la ley, el reglamento o la ordenanza, sancione expresamente con arresto o con multa una contravención, se podrá imponer tales sanciones; en consecuencia, *la analogía y la interpretación analógica*, extensiva o inductiva, no podrán emplearse para imponer las sanciones mencionadas.”

Se establece entonces, que la interpretación analógica hace referencia a la analogía legal, en cuanto busca la integración de las normas jurídicas en caso de oscuridad legal; en cambio la analogía jurídica es considerada como un principio que está más allá de la adecuación de una norma específica, lo cual ha contribuido a la falta de un criterio común en la doctrina.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Vid. CARPIZO, Jorge y E tal. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo I...*Ob Cit.*, p. 145. “la *analogía juris* arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas por medio de la inducción principios más generales y los aplica a Casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley”

⁴⁷⁸ Vid. LEY DE PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DEL ARRESTO O MULTA ADMINISTRATIVOS. Emitida mediante el D.L. N°. 457, el 1 de marzo de 1990, publicada en el D.O. numero 70, tomo 306, el 21 de marzo de 1990.

⁴⁷⁹ Vid. CARPIZO, Jorge y E tal. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo I...*Ob Cit.*, p. 145. “Respecto de la *analogía iuris* la doctrina no ha llegado a formular un criterio común en cuanto a aceptar que el tipo de interpretación que a ésta se le adjudica pueda considerarse propiamente como una analogía Jurídica”

Se afirma que la analogía está destinada a completar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico, cuando no existe una regla sustantiva para un supuesto, se buscan reglas en el ordenamiento jurídico que se refieran a supuestos similares u homologables; en cambio el precedente administrativo facilita la aplicación de los principios constitucionales a soluciones administrativas concretas, en las cuales una vez se ha aplicado el derecho respectivo, brinda una solución en caso de incongruencia entre actuación de la administración con relación a su actuación anterior y actual respecto de lo decidido frente al administrado; en el derecho español la diferencia entre precedente administrativo y analogía se encuentra desarrollada en su jurisprudencia del tribunal supremo español⁴⁸⁰

La autora española Silvia Diez Sastre, expone: “en un supuesto puede utilizarse la analogía para determinar la regla aplicable al caso y, después, el precedente puede exigir que vuelva a aplicarse el mismo criterio, al que se llegó mediante la regla de la analogía”⁴⁸¹; teniendo así que la analogía es diferente al precedente administrativo por aplicarse en dos momentos diferentes.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Vid. STSE del 8 de febrero del 2000. Al respecto se alega que se produce una infracción del art. 14 de la Constitución Española, por un supuesto de negación de indemnización por fallecimiento de un guardia civil y se resuelve el caso mediante la aplicación de la analogía en casos distintos pero que guardan similitud esencial con respecto al otorgamiento de la indemnización. El recurso es desestimado por el tribunal, porque se justificó suficientemente el cambio de criterio, pero se observa cómo la analogía es un criterio de solución de un supuesto determinado y que el precedente solo impone respetar ese criterio en virtud del principio de legalidad.

⁴⁸¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.* p. 244. La autora identifica que la analogía puede estar presente dentro de la actividad administrativa, sin embargo al relacionarla con el precedente administrativo, se encuentran en un plano diferentes, y por tanto no puede establecer que la analogía pueda ser considerada como precedente, sino que es una regla que preliminarmente puede identificar la regla aplicable, la cual alcanza seguridad jurídica por la aplicación de la técnica del precedente administrativo en las actuaciones de la administración pública.

⁴⁸² Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo... Ob Cit.*, p. 538. “la analogía está destinada a completar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico; el precedente no se dirige a la búsqueda de una solución sustantiva para un supuesto donde no existe una norma aplicable al caso, el precedente simplemente canaliza la aplicación de determinados principios generales del derecho en la actuación administrativa, cuando ya se ha aplicado el derecho.”

Por consecuencia, la analogía no es un fundamento de la vinculación de la administración al precedente administrativo, sino una técnica de la integración del derecho frente a las lagunas legales que presenta⁴⁸³; de la cual el precedente administrativo opera luego de aplicarse la analogía para brindar seguridad jurídica a los administrados, de la forma en que se aplicó la ley en un caso específico, con vinculación futura al criterio establecido.

19.2.1.3. La Regla de Equidad.

La equidad está relacionada con la igualdad, de ahí que durante el desarrollo de la teoría del precedente administrativo, se llegó a confundir la equidad como un fundamento del precedente administrativo⁴⁸⁴, lo cierto es que mediante el análisis de la equidad, se establece que su origen proviene de la preocupación por la aplicación de la ley en los casos concretos, y los problemas que conlleva.⁴⁸⁵

La palabra equidad proviene del latín “*aequitas atis*”; que significa igualdad de ánimo⁴⁸⁶ la cual tiene incidencia en la aplicación de justicia en

⁴⁸³ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p. 17. “No obstante, la analogía es inaplicable al tema que nos ocupa, porque es una técnica de integración de las lagunas del ordenamiento. Cuando hablamos de que se conculca un precedente, hacemos referencia a una actuación administrativa diferente de otra anterior recaída en un caso similar. Pero con respecto a ninguna de las dos actuaciones administrativas existe una laguna del ordenamiento, susceptible de ser integrada mediante la analogía, so pena de que constituyan una vía de hecho.”

⁴⁸⁴ *Ibidem*...*Ob Cit.*, p. 16.” La equidad, recogida en el artículo 3° CC, está emparentada etimológicamente con la igualdad, que es el fundamento principal del carácter vinculante del precedente administrativo.”

⁴⁸⁵ Vid. MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1...*Ob Cit.*, p. 123. “En la Grecia antigua el genio de Aristóteles se preocupaba por la dificultad de la aplicación de la ley al caso concreto e indicaba un correctivo para la rigidez de la misma, que era la equidad. Se trataba de un criterio de aplicación de la ley que permitía adaptarla al caso particular atemperando su dureza.”

⁴⁸⁶ Vid. CARPIZO, Jorge y ETAL. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1985. “El antecedente histórico directo del concepto de equidad se encuentra en Aristóteles, quien habla de la Epiqueya como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. La equidad era para Aristóteles, en sí, una forma de la justicia.”

los casos concretos, siendo un parámetro de interpretación y aplicación de la ley, en la medida que esta así lo establezca.⁴⁸⁷

En El Salvador, en el Art. 24 del Código Civil, establece que: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.⁴⁸⁸ Tal artículo expresa que la equidad se aplicará, solo en los casos que los mecanismos establecidos en la ley para la interpretación del derecho no lo permitan, siendo ahí donde se aplicará la equidad como alternativa, frente a los vacíos de ley.

Es frecuente, que existan confusiones entre la equidad y la igualdad; la igualdad es un derecho de las personas, referido a una relación entre sujetos, en donde existe una necesidad de equiparación o de diferenciación, en base a ciertos criterios que la ley establece; en cambio la equidad, no está en el plano subjetivo de un derecho, está en una relación material entre la proporcionalidad o desproporcionalidad de una cosa u otra.

La equidad es considerada como un criterio de interpretación y de aplicación de la ley, de ahí que la relación entre la equidad y la igualdad es de carácter instrumental⁴⁸⁹, y sirve al juez, para aplicar en un caso concreto una decisión discrecional y evitar que una norma establezca un trato desigual a una situación individualizada.

⁴⁸⁷ Vid. ORTIZ SANCHEZ, Mónica; y PEREZ PINO, Virginia. *Léxico Jurídico para Estudiantes... Ob Cit.*, p. 140. “**Equidad:** Medio o parámetro que puede ser empleado para la resolución de casos concretos en la aplicación e interpretación de las normas y se refiere a la justicia en cada caso concreto, en la concepción aristotélica.”

⁴⁸⁸ Vid. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.L. N° 634, del 15 de abril de 1952, publicado en el D.O. N° 77, Tomo 155, del 25 de abril de 1952.

⁴⁸⁹ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. 1° Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005., p.18. “(...) la relación entre la igualdad y la equidad es instrumental. La equidad sirve al principio de igualdad, siempre que a través de ella, el juez se sirva de una potestad discrecional para aplicar el derecho al caso concreto y mitigar la rigidez de la norma, cuando así lo autorice la propia ley.”

En algunos casos se considera a la equidad como un fundamento del precedente administrativo, ejemplo de ello es el razonamiento que hace el jurista argentino Juan Carlos Cassagne, quien establece que la equidad cumple con una labor de interpretación normativa, y que cuyo parámetro determina el significado y correcta aplicación de la ley, y por esas razones la consideran como un fundamento vinculante del precedente administrativo.⁴⁹⁰

La crítica a lo anterior, se encuentra en que la equidad solo es aplicable de forma subsidiaria a falta de otras formas de interpretación, por tanto es una técnica de interpretación del derecho a casos concretos, y herramienta que tiene el juez para lograr justicia material entre sujetos; en cambio, el precedente pretende el respeto a la igualdad de los administrados que cuyas circunstancias fácticas y jurídicas, sean idénticas, en la aplicación de la ley, y no concretamente en los efectos materiales de la misma, porque dependerá de las particularidades fácticas de cada administrado.⁴⁹¹

Es común, que exista una confusión con el principio de igualdad; la equidad no puede regular relaciones jurídicas determinadas, tesis que es propuesta por Luis M. Díez-Picazo, quien como ya se citó ha expresado que La equidad, contemplada en el artículo 3° CCE, está "emparentada etimológicamente" con el derecho de igualdad, que es el fundamento

⁴⁹⁰ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I...Ob cit.*, p. 172. "(...) debe reconocerse que la fuerza vinculante del precedente debe fundarse en una interpretación legítima de la ley o en la equidad, habiéndose postulado su obligatoriedad en aquellos casos en que el particular haya podido interpretar -por haberse creado una apariencia jurídica- que su conducta adecuada al precedente era ajustada a derecho"

⁴⁹¹ Nota: Sobre este aspecto, en un caso supuesto en donde a un administrado le hacen una devolución del impuesto pagado en excedente; si bien al ser este un precedente administrativo, es decir la devolución por circunstancias específicas como la corrección de la declaración errada; si se aplica el precedente de este caso, a varios administrados distintos, es obvio que se les devolverá lo pagado erróneamente, pero no en la misma proporción, porque dependerá de la cantidad pagada, de la cantidad que erróneamente declaró. Esta situación puede presentarse por la aplicación del art. 74-A de Código Tributario de El Salvador, que regula la situación anteriormente descrita.

principal del carácter vinculante del precedente administrativo⁴⁹², reconociendo así que comparten su origen etimológico, sin embargo, la igualdad es un derecho relacional, en cambio la equidad es una manifestación material de una justicia distributiva.

Esta es la razón de tal confusión, sobre si es o no un fundamento del carácter vinculante del precedente administrativo, la equidad es un resultado de una relación jurídica determinada, está referida a una justicia material al momento de aplicar la ley, cuando ésta le otorga cierto grado de discrecionalidad al juez.⁴⁹³ Por tanto, la equidad no comprende una concepción de igualdad subjetiva, como igualdad en la aplicación de la ley y ante la ley.

De lo anterior, se entiende que la justicia material, no puede ser un fundamento vinculante del precedente administrativo, sino el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que determina una relación abstracta de los sujetos, y no la aplicación de una norma con fines de justicia material; la finalidad del precedente es permitir que la ley sea aplicable de forma igual a todas las personas, desde su perspectiva de diferenciación o de equiparación, y no desde la concepción de justicia distributiva que comprende la equidad en la aplicación material de la ley.

⁴⁹² Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. *“La Doctrina del Precedente Administrativo”...Ob cit.*, p. 16. “... Pero la equidad no regula por sí misma las relaciones jurídicas, sino que simplemente dulcifica el posible rigor de los efectos de las normas, mediante una ponderación de los principios generales del Derecho y de los sentimientos de justicia material con respecto al caso concreto”

⁴⁹³ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas...Ob Cit.*, p. 16. “(...) la equidad se refiere a la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de un estatuto, o para asignar la propiedad o la responsabilidad de acuerdo con los hechos del caso individual. En otras palabras, la equidad es un otorgamiento limitado de facultades al tribunal para que pondere en la resolución de una disputa presentada ante él.”

CAPÍTULO V:

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

20. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ¿PUEDE SER UNA FUENTE DE DERECHO?

Si se analiza el “precedente” en un sentido amplio, comprendiendo dentro de su concepto a todos los tipos de precedentes existentes dentro del derecho público, la solución a tal interrogante no es pacífica o unánime, sin embargo se configura sin duda alguna como una fuente de derecho, siempre y cuando se haga referencia expresa al precedente judicial⁴⁹⁴ o la costumbre.⁴⁹⁵

Con la posibilidad que el precedente administrativo sea fuente de derecho en el sistema continental, el esquema cambia al compararlo con el precedente judicial; porque el precedente administrativo tiene un carácter instrumental al relacionarse con las diferentes fuentes de derecho.⁴⁹⁶ Es decir no posee un papel protagónico dentro del catálogo de fuentes de derecho, sino que sirve como un mecanismo para su correcta aplicación, en tanto su quebrantamiento puede ser sinónimo de arbitrariedad.

Sin embargo, hablar de los efectos vinculantes que posee frente a la administración pública, y de las obligaciones que genera sobre la motivación

⁴⁹⁴ Vid. MORINEAU, MARTA. *Introducción al Common Law... Ob Cit.*, p. 23. La autora hace un análisis de las fuentes de derecho en el common law y al hacerlo identifica que la jurisprudencia o el *case law*, es obligatorio, y lo expresa de la siguiente forma: “el *case-law* es más antiguo que la ley, y además tuvo y aún sigue teniendo una importancia muy grande dentro del sistema legal (...) está integrado por las decisiones emitidas por los jueces, al resolver los casos concretos, que les corresponde conocer.

⁴⁹⁵ Nota: Como se establece en los términos anteriormente analizados respecto de la costumbre.

⁴⁹⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 70. “El precedente *no sólo puede configurarse como una fuente esencial del Derecho* - como sucede en los sistemas anglosajones también puede aparecer como una figura de *carácter instrumental* con respecto a las fuentes del Derecho, como por ejemplo, la auto vinculación de la Administración en Alemania.”

de su cambio o modificación; automáticamente por algunos se traslada al precedente administrativo al plano de las fuentes de derecho; pero esta vinculación como más adelante se verá, no está exenta del análisis imperativo del principio de legalidad;⁴⁹⁷ lo que genera el punto de partida de la doctrina acerca de la valoración como fuente de derecho.

La importancia de desentrañar esta cuestión que se plantea, es para poder superar una de las grandes limitaciones argumentativas que hasta hoy afectan la eficacia de la adopción del precedente administrativo en las decisiones judiciales; si bien en principio el precedente administrativo solo vincula a la administración pública; ante los órganos jurisdiccionales la función del precedente se transforma y deja de ser un límite a la arbitrariedad administrativa, para ser un mecanismo de legalidad y protección de las garantías constitucionales frente a los administrados.

La expresión “fuente de derecho” es un concepto impreciso con muchas variaciones⁴⁹⁸ de entre las cuales existen las llamadas fuentes de derecho material, formal, ideológicas, racional; sin embargo es preciso hacer mención que a lo largo del desarrollo del derecho administrativo, ha existido una discriminación por parte de las ideas formalistas tradicionales, en las que se niega la existencia de cualquier otra fuente productora de derechos que esté fuera de la Ley.

⁴⁹⁷ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob cit.*, p. 539. Hace una valoración acerca de la vinculación que posee el precedente administrativo entre la legalidad administrativa y el ejercicio de las potestades discrecionales y regladas; y expresa de forma clara que la llamada vinculación del precedente genera una inclusión de esta figura al plano de las fuentes de derecho, citándolo de forma textual se tiene que: “Esa idea vincula automáticamente al precedente en el plano de las fuentes del derecho y lo enfrenta consecuentemente a la vinculación a la ley y al derecho, derivada del principio de legalidad.”

⁴⁹⁸ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes...Ob Cit.*, p.17. “La expresión fuentes del Derecho, hoy tan frecuente, no tiene correspondencia en el lenguaje de los juristas del Derecho Romano, si bien late en el pensamiento de algunos de ellos.; vid. IGLESIAS, Juan, *Las Fuentes del Derecho Romano*. Editorial Civitas, Madrid, 1989, p.23. “La palabra fuente aparece en el historiador Livio, al decir que las XII Tablas son *fons omnis publici pirvatique iuris (...)*”

Es por esa razón, que no obstante la conclusión final, para un mejor análisis sistemático se establecen algunos argumentos utilizados para brindarle el carácter de fuente al precedente administrativo, con sus respectivas críticas, lo que permite contrastar los elementos que podrían apoyar la pretensión de considerar al precedente administrativo como una fuente de derecho en la actualidad.

20.1. La Determinación Social de las Fuentes de Derecho.

Se debe tomar en cuenta que el carácter de fuente de derecho está determinada por la sociedad⁴⁹⁹, las fuentes de derecho son toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica, puede ser usada como una base que justifica la interpretación del derecho⁵⁰⁰; de ahí que el negar la existencia de nuevas fuentes del derecho administrativo, es regresar a la adopción de un positivismo extremista, en donde no existía más derecho que el emanado de la ley, lo cual en la actualidad ha quedado establecido que no es posible cegarse ante hechos y actos con trascendencia jurídica.

El derecho al ser un objeto cultural⁵⁰¹, tiene como característica, el depender de las circunstancias sociales, culturales, y antropológicas entre otras; de ahí que es la sociedad la que determina de la misma forma, el tipo

⁴⁹⁹ *Nota:* Como ejemplo se cuenta con el derecho Administrativo de Argentina con su máximo expositor Juan Carlos Cassagne, quien reconoce al precedente administrativo como una fuente de derecho, sin embargo aunque sus razones son criticables, y sobre todo que parten de la confusión entre práctica y precedente; es el sistema jurídico de cada país, que mediante su autodeterminación normativa, adopta figuras jurídicas que mejor le convenga al Estado para el cumplimiento de sus fines.

⁵⁰⁰ *Vid.* SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes*. Isonomía, Núm. 21, octubre 2004, p. 218. El autor hace un análisis de los precedentes en general y hace la consideración de la inclusión del precedente administrativo como una fuente adicional del derecho, puesto que el encajonamiento en las ideas positivistas no siempre son las únicas soluciones legales frente al problema del desarrollo del derecho.

⁵⁰¹ *Vid.* TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003., p. 71. “La mayoría del pensamiento iusfilosófico actual, llega a la conclusión de que el derecho es un objeto cultural -cosa no discutida en la actualidad- que consiste esencialmente en una *norma de convivencia obligatoria o coercible*.”

de hechos o actos jurídicos que han de ser considerados como fuentes creadoras de derecho; sin embargo, la creación de un sistema de fuente parece que tiene una finalidad de unificar las fuentes productoras de derecho; de ahí que al final, depende de cada sociedad la aceptación o la creación de un sistema de fuentes propio.

De ahí que para el autor Balaguer Callejón, estima que las fuentes de derecho son: “los modos típicos o categorías a través de los que se manifiesta el Derecho, los modos típicos o categorías en cuya virtud se dota a las normas jurídicas que incorporan un régimen jurídico determinado”⁵⁰²; normas jurídicas que no necesariamente deben de provenir de una ley, sino que en esta concepción de fuente de derecho no hace alusión a su producción, sino a la incorporación de estas normas a un sistema jurídico determinado.

Las fuentes de derecho, en realidad son modos o formas que el Estado utiliza, para realizar el derecho en el reconocimiento de la regla jurídica para luego aplicarla.⁵⁰³ Por ello, si el precedente administrativo se convierte en una regla jurídica adoptada para aplicar el derecho, entonces con esa particularidad frente a la técnica interpretativa se encuentra el precedente como una manifestación material de la aplicación del derecho, y por tanto según este argumento puede ser incluida dentro de las fuentes del

⁵⁰² Citado por ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?”... *Ob cit.*, pp. 403 – 404.

⁵⁰³ Vid. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. Vol. 1. 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 70. Citando de forma textual al autor, considera que la definición de Adolfo Posada, es importante para comprender el significado de fuente de derecho.

derecho⁵⁰⁴, lo cual resultaría contradictorio ante la aplicación directa del principio de legalidad.

En la actualidad se reconoce la existencia de fuentes no formales, que pueden ser consideradas como fuentes de derecho administrativo como el caso de la costumbre, la jurisprudencia y de manera especial los principios generales del derecho.⁵⁰⁵ Por tanto, no se puede desechar sin razonamiento alguno al precedente administrativo como una posible fuente de derecho, por no contener ese elemento de formalidad en su construcción jurídica; al contrario, para brindarle el carácter de fuente de derecho, no solamente se tendrá que atender a un criterio de formalidad en su estructura, sino al grado de trascendencia jurídica que posee para cada Estado en particular, esa es la razón, por la cual en la doctrina existen diversidad de posiciones sobre su calidad de fuente de derecho.⁵⁰⁶

Sin embargo, por las particularidades que presenta el precedente administrativo, se han llegado a sostener diversidad de criterios que pretenden robustecer el argumento de su calidad de fuente de derecho, sin embargo ha de advertirse que los postulados propuestos por la doctrina

⁵⁰⁴ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 218. “dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación, siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico.”

⁵⁰⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, pp. 18. Citándolo de forma textual: “Pero no es sino a través de un análisis material que puede colegirse que la jurisprudencia, los principios y la doctrina son fuentes del derecho, a pesar de que ninguna norma, de forma explícita autoriza a los jueces y a los juristas a producir derecho.”; Vid. GARCIA DE ENTRERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 1º Edición. Editorial La Ley. Argentina., p. 71. Hace una total distinción entre las fuentes formales de derecho y las fuentes materiales, en la que no solo el criterio positivista debe de imperar en el sistema de fuentes, al contrario no se puede negar, que existen fuentes que no son necesariamente formales, y que cobran obligatoriedad en la sociedad por su aplicación en casos concretos.

⁵⁰⁶ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las Fuentes en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 19. “Bajo este orden, cada ordenamiento jurídico tiene sus particularidades teóricas y prácticas, pero la mayoría de éstos se adscriben a dos familias de fuentes reconocidas de manera sobresaliente. La primera, hace descansar su sistema en la preferencia de la ley escrita emanada de una Asamblea Legislativa o Parlamento; en cambio, un segundo modelo se edifica con los precedentes judiciales de los tribunales, los cuales tienen un valor privilegiado frente a otras fuentes.”

administrativa y por la jurisprudencia, han abordado ciertas situaciones y de alguna forma siempre existe una contra argumentación que le resta y nulifica la calidad de fuente de derecho al precedente administrativo, por lo que es necesario analizar cada una de ellas para su mejor comprensión.

20.1.1. Por Asimilación al Concepto Costumbre.

El estudio del precedente administrativo, está vinculado a la idea de costumbre, esta consideración no solo conceptual sino también jurídica, implica que existe una similitud en su configuración, como en sus efectos, siendo así que si se tiene la idea de costumbre como una fuente subsidiaria de derecho, entonces por ser el precedente una manifestación de la costumbre, automáticamente se considera de igual forma fuente de derecho.

La adopción del precedente administrativo como fuente de derecho la encontramos en el derecho argentino, es ahí donde el autor Juan Carlos Cassagne, sostiene que efectivamente constituye fuente de derecho por ser considerada una forma peculiar de manifestación de la costumbre⁵⁰⁷; sin embargo, para entender la postura de Cassagne, es preciso puntualizar que por una parte, considera al precedente como una norma peculiar en la que se manifiesta la costumbre.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. T. 1º, reimpresión de la sexta edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 171. “El precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el derecho administrativo.”;

⁵⁰⁸ Vid. FARRANDO, Ismael y MARTINEZ, Patricia R. (Directores). *Manual de Derecho Administrativo*. Reimpresión de la 1º Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 81. Citando a Juan Carlos Cassagne exponen que: “(...) el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye una fuente de derecho, ya que configura una norma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el derecho administrativo.”; también Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p. 61. El autor hace una reflexión sobre la posición de Cassagne frente al estudio del precedente administrativo y puntualiza que: “la asignación de valor de fuente del Derecho peculiar a los precedentes administrativos,

Para el derecho argentino, la distinción entre precedente y práctica administrativa es innecesaria de ahí su consideración de fuente de derecho; pero ha de advertirse, que precisamente tal falta de delimitación conceptual puede ser la que acarrea su consideración como posible fuente de derecho administrativo⁵⁰⁹, lo que eleva a un fenómeno distinto a la costumbre, al rango de fuente de derecho por medio de una confusión de las instituciones jurídicas aludidas.

Ahora bien, reconocida la calidad de fuente de derecho de la costumbre, si esta no es desligada de la idea de precedente administrativo, según los expositores del derecho administrativo puede existir una distorsión sobre el juicio del carácter de fuente de derecho del precedente administrativo.⁵¹⁰ En el derecho administrativo moderno, se ha aceptado en la mayoría de los sistemas de derecho continental, que la costumbre y el precedente administrativo no son equiparables, diferenciandolos de forma

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.”

⁵⁰⁹ Vid. MONTARON ESTRADA, Gloria. “*La Práctica Administrativa como Fuente de Derecho Administrativo*” en Revista Jurídica La Ley del 5 de junio. Año LXXIII, N° 106. Tomo 2009-C. Argentina. 2009, p. 1. Citando a la autora de forma literal se tiene que: “Precedente y práctica administrativa no son la misma cosa. Las prácticas administrativas son comportamientos habituales, relevantes y repetidos en el tiempo de los distintos órganos de la Administración, y crean en el administrado la expectativa de que la Administración actúe conforme a esa práctica. El precedente administrativo, en cambio, constituye el resultado de esa práctica (...) sostendré que práctica y precedente administrativo vinculan a la Administración porque así lo imponen los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, y que tales, práctica y precedente sólo pueden ser dejados de lado por una norma jurídica (ley, decreto, resolución) o por el dictado de un fallo de la Corte Suprema de la Nación.” Al analizar su primera consideración, es claro que la autora hace esa sutil distinción entre precedente y práctica, pero no obstante al analizarlas conjuntamente, reconoce un valor jurídico inseparable como posible fuente de derecho.

⁵¹⁰ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 72. “Por una parte, la costumbre distorsiona -aun en la actualidad- el juicio sobre el carácter de fuente del Derecho del precedente, judicial y administrativo, y no sólo en el ordenamiento jurídico español. No es extraño encontrar confusiones entre la costumbre y el precedente administrativo.”

concreta⁵¹¹, negando la calidad de fuente de derecho al precedente administrativo, por ser diferente a la costumbre.

En el derecho español, el TSE en numerosa jurisprudencia ha expuesto que el precedente administrativo no es equiparable a la costumbre, y del mismo modo no constituye fuente de derecho, en esos términos lo expone en la STSE del 18 de febrero de 1987 que dispuso: “el precedente administrativo, que no es equiparable a la costumbre, y no es fuente del ordenamiento jurídico”.⁵¹²

De esta forma se deja claro en la jurisprudencia Española que la calidad de fuente por equiparación al concepto de costumbre no es posible, sin embargo, aunque en el Salvador no se establezca dicha diferencia de forma expresa, no se puede ignorar las consideraciones de la doctrina científica que en reiteradas ocasiones se ha pronunciado a hacer dicha crítica, por tanto de igual forma se establece que también en El Salvador se niega la consideración del precedente administrativo como fuente de derecho por equiparación al concepto de costumbre.

20.1.2. Por asimilación al Concepto de Precedente Anglosajón Vinculante.

Es normal que se relacione al precedente administrativo con el principio del *stare decisis*, lo que esto implica es la consideración del precedente en los términos del *common law*, lo que genera la idea que el precedente administrativo es un precedente vinculante, que establece una

⁵¹¹ Nota: Remítase a lo expuesto en los temas 4.2, 7 y 18.1 de la presente investigación, en donde se desarrolla de forma amplia el análisis sobre la costumbre administrativa y la diferencia con el precedente administrativo.

⁵¹² STSE del 18 de febrero de 1987; en la misma línea véase la STSE del 12 de febrero de 1979, de 13 de marzo de 1980, de 18 de noviembre de 1982, de 2 de octubre de 1986. El TSE establece que no es equiparable con la costumbre, es decir se trata de una figura distinta con sus particularidades que tanto la jurisprudencia como la doctrina científica se han encargado de distinguirla.

regla de aplicación obligatoria, sin embargo en el derecho Español se reconoce de forma expresa, que tal equiparación no es posible incluso al relacionarse con el precedente judicial.⁵¹³

El precedente judicial al ser un precedente normativo, su fuerza vinculante se encuentra en sí mismo, caso que no sucede en el precedente administrativo, el cual mediante la aplicación en el derecho continental del principio de legalidad, evita que el precedente administrativo sea considerado verdaderamente vinculante.⁵¹⁴

Para lograr la asimilación de precedente vinculante, a la manera del derecho anglosajón, respecto del precedente administrativo se hacen dos consideraciones:

a) *El precedente judicial en el common law no vincula como una norma del derecho continental*; el precedente judicial no vincula de forma absoluta, ya que existen técnicas para poder abandonar el criterio anterior como lo es el *distinguishing* y el *overruling*⁵¹⁵; además, el precedente fija una regla que se forma sobre la marcha (*solvitur ambulando*)⁵¹⁶, en el caso concreto para un determinado caso, y no crea una regla general para todos los casos; y sobre todo el precedente en el derecho anglosajón no produce

⁵¹³ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en el Derecho Público”...*Ob Cit.*, pp. 113-114. El autor hace un análisis de la posible equiparación del precedente judicial en España y sobre esta situación expresa que: “Precedente, con valor vinculante, al modo del *common law*, no existe en nuestro Derecho: existe motivación por remisión y existe también jurisprudencia”

⁵¹⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo”...*Ob Cit.*, p. 463. “(...) mientras que en el caso de los precedentes judiciales parece que, cada vez, se acepta cierto grado de vinculatoriedad; en el caso de los precedentes administrativos la posibilidad de que puedan tener algún grado de vinculación infunde verdadero desosiego a la doctrina y la jurisprudencia. El sometimiento de la administración a la ley y al derecho, impide que pueda introducirse un elemento externo como es un precedente para controlar a la administración (...)”

⁵¹⁵ Nota: Para mejor entendimiento puede remitirse al tema 18.2.2 de la presente investigación, en donde se desarrollan las técnicas de aplicación del precedente en el *common law*.

⁵¹⁶ Vid. PUIG BRUTAU, José. *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*. 2º Edición. Editorial Bosch España. 2006, p. 97. “(...) hay que resolver sobre la marcha “*solvitur ambulando*” y sin que quede de rendirse acatamiento formal al derecho oficialmente proclamado.”

normas para todo los casos, siempre existe la posibilidad que se separe de su criterio para resolver un caso con diferencias sustanciales.

b) Se debe de apreciar que el sistema de vinculación del precedente en el common law; no es creador de derechos rigurosamente; es decir dentro del sistema anglosajón se reconoce un sistema de vinculación que varía según el tipo de precedente, y entre ellos se encuentra el llamado precedente creativo, el cual crea una regla aplicativa a partir de un caso desconocido por el juez; sin embargo el precedente judicial también puede apreciarse desde la interpretación de una ley preexistente, denominándose así precedente aplicativo.⁵¹⁷

Con lo anterior, la aceptación de un sistema de precedentes vinculantes dentro de un sistema continental a partir del derecho anglosajón, no es compatible, porque el precedente administrativo no crea derechos a los administrados, sino que vincula a la administración por la aplicación de ciertos principios constitucionales, sin embargo se reconoce ciertos elementos comunes⁵¹⁸, pero en concreto la valoración no es similar porque en el derecho continental el precedente administrativo no es fuente de derecho, porque el precedente solo ha de servir para controlar la actividad de la administración pública, que ha de vincularse directamente por la ley.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, pp. 279-280. “La separación, subjetiva y temporal, entre creación y aplicación del Derecho hace que la norma sea necesariamente previa al acto, y que el precedente sea un acto aplicativo de las normas preexistentes.”

⁵¹⁸ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo... Ob Cit.*, p. 533. El autor expone algunos de los rasgos característicos entre la relación del precedente en el derecho anglosajón y el precedente administrativo en el sistema continental de derecho y citándolo de forma literal expone que: “el reconocimiento de la llamada fuerza vinculante del precedente, no tiene una relación necesaria con la introducción en los sistemas continentales de las instituciones anglosajonas; la idea del precedente también puede jugar un papel fundamental en los sistemas continentales, compartiendo su estructura básica de funcionamiento (juicio de semejanza, regla aplicable, vinculación flexible), pero alejándose en algunos puntos del valor jurídico normativo del precedente del *Common Law*.”

⁵¹⁹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 465. “(...) la aceptación de un sistema de precedente no supone asumir de forma implícita la capacidad de crear derecho al resolver los casos.”

De ahí que Rodolfo Barra, quien entiende que el precedente lejos de ser una fuente de derecho es un complemento de la ley misma, porque juega un papel de interpretación de las normas aplicables al caso concreto, y además sostiene que es: “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”⁵²⁰, por tanto, el precedente no está por encima del principio de legalidad, sino que complementa el sistema jurídico estableciendo reglas flexibles, que en ninguna forma son creadoras de derechos.

20.1.3. Por Considerarse como Manifestación del Principio Republicano de Gobierno.

El precedente administrativo como instrumento de legalidad del acto administrativo, es considerado desde una perspectiva amplia como un mecanismo de control de la administración pública; entonces si la administración pública está sujeta a cumplir los fines del Estado tales como la seguridad jurídica, la igualdad y la prohibición de la arbitrariedad; entonces en ese sentido puede ser una fuente de derecho.

De ahí que, la obligación de motivar el cambio de precedente, responde al *principio republicano de gobierno*⁵²¹, que esencialmente hace referencia al sistema político del Estado, el cual debe de poseer una división de poderes, con sus respectivos mecanismos de control; que al mismo

⁵²⁰ Vid. DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N°. 5, segunda temporada. Montevideo. 2010, p. 55. El autor cita a Rodolfo Barra, como uno de los exponentes que de forma concreta niega el carácter de fuente de derecho al precedente administrativo.

⁵²¹ Nota: Para el caso de El Salvador, este principio encuentra su fundamento constitucional en el Art. 85 inc. 1º de la Constitución de la República, el cual establece que: “Art. 85.- El Gobierno es republicano, democrático y representativo.”

tiempo brinde publicidad de sus actos y que establezca una responsabilidad a los funcionarios por los actos dictados.

Desde un punto de vista, tiene alguna lógica en cuanto a la división de poderes y dentro de la dinámica de los pesos y contrapesos de control del poder estatal, siendo esa la razón por la que dentro del sistema jurídico administrativo existe la jurisdicción contenciosa administrativa, que es la encargada de *controlar la legalidad* de los actos dictados por la administración pública; es decir, un órgano jurisdiccional controla un acto de la administración, en fundamento a la constitución y demás leyes emitidas por una asamblea legislativa.

Pero en el caso concreto, el precedente administrativo es considerado como una fuente de derecho, por tener la obligación la administración de motivar el cambio de criterio, tal como el motivar es necesario para el ejercicio de otras potestades relevantes del Estado, para evitar una vulneración del principio de igualdad⁵²², lo que responde como una exigencia del principio republicano de gobierno, en el que exponer las razones del cambio de criterio brinda seguridad a los administrados, y por otra parte, la no concurrencia de esta motivación acarrea responsabilidad del funcionario que emitió dicho acto.

De ahí que, la motivación suficiente del acto que atañe a la igualdad de la partes y que concierne al precedente administrativo, es originado y fundamentado como lo expone Pedro Luis Arrouy “en el Régimen Republicano de Gobierno y en los valores que inspiraron y debieran inspirar

⁵²² Vid. ARROUY, Pedro Luis. *Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno* en Revista Cartapacio de Derecho, vol. 16, Argentina, 2006., p. 21. “Si el magistrado debe fundar la sentencia que dicta e incluso el legislador expone los motivos de la Ley que sanciona, con mayor razón la administración debe expresar ante la comunidad, las razones de su decisión. La motivación constituye también una exigencia de axiología constitucional”

a constituyentes futuros”⁵²³. De ahí que exteriorizar o dar a conocer la administración, las razones de hecho y de derecho que tuvo para emitir un acto, es una “manifestación del “*principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno*”, esto es darlos a conocer, oportuna e íntegramente.”⁵²⁴

Según esta teoría, la obligatoriedad del precedente administrativo, como fuente del derecho a la luz del sistema republicano de gobierno, cumple el doble rol de ser una garantía para los habitantes, que mediante el precedente pueden obtener seguridad jurídica sobre las posibles decisiones del Estado a futuro; y un límite para el obrar discrecional de la administración pública⁵²⁵, en la cual establece consecuencias jurídicas de su irrespeto, como lo es la responsabilidad del funcionario y del Estado, derivada de la publicidad de los actos de gobierno.

Sin perjuicio de lo anterior es necesario, hacer un análisis sobre la viabilidad de aceptar esta teoría, en primer lugar, al analizar sus postulados, la concepción de precedente administrativo, carece de valoración sobre los elementos que constituyen el mismo a la luz de la doctrina del precedente administrativo, y el calificativo de un precedente, está en razón del órgano que lo emitió siendo así que es precedente administrativo, un acto anterior de la administración pública; así como sería precedente judicial el emitido por un tribunal y precedente legislativo el proveniente del parlamento,

⁵²³ *Ibidem.*, pp. 20-21.

⁵²⁴ *Ibidem.*, p. 21.

⁵²⁵ *Ibidem.*, pp. 23-24. El autor hace una reflexión del porqué el precedente administrativo puede ser una fuente de derecho, y entre tantas expresa que la obligación de motivar no solo es un requisito que la administración tiene que cumplir para desvincularse de su criterio mantenido, sino que también implica que la administración tiene que justificar el cambio de criterio porque los funcionarios públicos tienen responsabilidad por los actos que emiten, por lo que expresa que: “El principio republicano de gobierno se proyecta en distintas direcciones; igualdad ante la Ley, elección popular de las autoridades, división de poderes gubernativos, periodicidad de los mandatos, responsabilidad de funcionarios públicos y publicidad de los actos de gobiernos.”

La responsabilidad a la que hace referencia Arrouy, es una responsabilidad de los funcionarios públicos que recae por los *actos de gobierno* que realizan, incluyendo entre estos a los actos administrativos, sin embargo, por Ley en El Salvador los actos políticos o de gobierno dictados por la administración central o municipal, están fuera del alcance del control jurisdiccional.⁵²⁶

La idea del autor, está relacionada estrechamente con la idea de la autovinculación del derecho alemán o "*Selbstbindung der Verwaltung*"⁵²⁷; la vinculación carece de fuerza normativa, el principio republicano de gobierno hace referencia a la forma de gobierno, y relaciona tanto al precedente administrativo como a todos los actos de la administración de forma conjunta, pretende aplicar una regla de comportamiento generalizada, lo que deforma o invisibiliza al verdadero precedente administrativo.

En tal sentido, no es posible de igual forma establecer que por ser una manifestación del principio republicano de gobierno, pueda ser fuente de derecho, porque esa consideración, equivale a igualar a la vinculación administrativa en los términos del derecho alemán, con la doctrina del precedente administrativo, que es mucho más limitado y específica en su ámbito de aplicación.

⁵²⁶ Vid. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978. Especialmente en su Art. 4 literal a) establece que: "Art. 4.- No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: a) los actos políticos o de gobierno (...)" ; lo anterior ha sido confirmado por la jurisprudencia que emana de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Vid. SS CAS del proceso con referencia No. 195-2006, del 27-11-2007. " (...) porque precisamente tales actos se pronuncian en ejercicio de atribuciones constitucionales, en las cuales es determinante el rasgo de discrecionalidad administrativa; hay, pues una potente manifestación de limitación al control jurisdiccional de las actuaciones privativas de los órganos fundamentales del Estado."

⁵²⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. "*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*" ...*Ob Cit.*, pp. 449-450. La autora hace el análisis de esta figura dentro de la llamada autovinculación de la administración pública en el derecho alemán.

20.1.4. Por la virtual Obligación del respeto al Precedente Administrativo.

El precedente administrativo, de forma general establece una obligación o una vinculación, dos situaciones relacionadas pero con significado propio; la idea que el precedente administrativo posee una vinculación pero carece de obligatoriedad es discutida en la actualidad⁵²⁸; la vinculación y la obligatoriedad entonces son dos cuestiones diferentes, por ejemplo: En un primer momento la ley es de obligatorio cumplimiento para la administración pública, por tanto si la ley es contraria a los principios constitucionales, se deja de aplicar, y su obligatoriedad es reducida. En segundo lugar, la administración pública está vinculada de forma positiva o negativa, sobre las facultades que la misma ley le reconoce y limita.

De igual manera, el precedente administrativo no es de obligatorio cumplimiento, por tanto que la administración puede separarse de dicho criterio, razonando y justificando sobre los motivos del cambio; cuando la motivación y justificación no es racional y lógica, el precedente administrativo es vinculante en su razonamiento y argumentaciones jurídicas. Sin embargo, el autor Garrido Falla, entiende que el precedente administrativo posee una “obligatoriedad” por relacionarse con los principios constitucionales, y citando de forma textual expresó que:

⁵²⁸ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *“El Precedente Administrativo”...Ob Cit.*, p. 73. “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.”

“(…) 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”⁵²⁹ El autor no hace la diferenciación entre la práctica administrativa y el precedente administrativo, sin embargo, al trasladar a su denominada práctica administrativa al plano de la aplicación de la ley, en realidad se está refiriendo a la figura del precedente administrativo sin duda alguna.

La igualdad y la seguridad jurídica son principios constitucionales, que son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado; pero el precedente por sí mismo no es obligatorio sino que es vinculante, porque el precedente administrativo se sustenta en dichos principios para vincular a la administración a respetar su criterio, pero en ninguna forma el precedente “obliga” su aplicación, porque su aplicación es flexible, siempre y cuando concurren los elementos indispensables para separarse lícitamente la administración de sus precedentes.

En la doctrina, el carácter de fuente de derecho no está determinada por la obligatoriedad; por que la obligatoriedad es una cualidad o carácter de algunas fuentes; y la falta de obligatoriedad que tiene el precedente administrativo, no es un criterio suficiente para no ser considerado como una

⁵²⁹ Vid. GARRIDO FALLA *.Tratado de Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 395. “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 (...)”; Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *“El Precedente Administrativo”...Ob Cit.*, p. 56. En los mismos términos expone que la obligatoriedad del precedente, proviene de la aplicación de los principios constitucionales y por consecuencia va más allá de una simple vinculación a la administración.

fuerza de derecho⁵³⁰; lo anterior está determinado por la valoración jurídica que el sistema jurídico realiza, pues incorrecto sería caer en una petrificación científica, que limite el avance del derecho administrativo en la actualidad.

En El Salvador, la doctrina jurídica o derecho científico es considerado como fuente supletoria de derecho administrativo⁵³¹ y también del derecho procesal común⁵³², la cual carece totalmente de una fuerza obligatoria, por lo que al momento de remitirse a ella, el intérprete puede separarse de cierta doctrina para aplicarla al caso en concreto; de ahí que la misma consideración se puede tomar al abordar al precedente administrativo, en donde pueden existir circunstancias fácticas o jurídicas distintas que permiten la no aplicación del precedente administrativo, así como la separación del mismo.

Sin embargo, bajo el argumento que el precedente administrativo crea una *obligación a la administración de resolver conforme a su precedente*, se tiene que la calidad de fuente de derecho del precedente administrativo es mucho más clara, lo cual es una postura que ha sido retomada y adoptada por el derecho uruguayo, en cuyo caso la relevancia del precedente administrativo trasciende más allá de la simple creación de una vinculación y crea una obligación para la administración pública.⁵³³

⁵³⁰ Vid. AFTALION, Enrique R. y VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 570. "(...) no hay ninguna fuente absolutamente obligatoria, ni siquiera la ley; de hecho, el juez puede fallar de acuerdo o contra la ley."

⁵³¹ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes... Ob Cit.*, p. 125. Expone de manera amplia, que a la doctrina considerada como fuente de derecho, también se le puede denominar derecho científico.

Vid. Código Procesal Civil y Mercantil. D.L. No. 712, publicado en D.O. No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008. En su Art. 19 establece: "En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación de las normas que rigen situaciones análogas..."

⁵³² Vid. Código Procesal Civil y Mercantil. D.L. No. 712, publicado en D.O. No. 224, tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008, Art. 19.

⁵³³ Vid. R. BRITO, Mariano. "*El Acto Administrativo como Fuente de Derecho*" en AAVV, *El Acto Administrativo como Fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. S.E. 2009, p. 704. Citando

Sin embargo, el hecho de carecer aparentemente de un carácter normativo vinculante a la administración⁵³⁴, es decir su falta de obligatoriedad, es el aspecto que lo descarta del plano de las fuentes⁵³⁵; porque no es ajena a la ley, sino es parte integrante del sistema jurídico; de esa forma Rotondo Tornaría señaló que: “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.”⁵³⁶

De lo anterior, se establece que el Precedente Administrativo no puede ser fuente de derecho, porque el principio de legalidad está por encima del precedente y sumado a eso, el precedente administrativo, en *ninguna forma obliga a su cumplimiento*, sino a justificar su cambio; y aun siendo persuasivo este puede modificarse o cambiarse constantemente, bajo

de forma literal se tiene que: “La sentencia N° 177 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dictada el 3 de mayo de 1989 presenta varios aspectos de interés, no sólo teóricos, sino algunos con indudables repercusiones prácticas (...) Plantea, asimismo, el valor de los precedentes administrativos como fuente de derecho de valor obligatorio para quien tenga que decidir en el ámbito de la Administración, (...) En la situación que resuelve la decisión jurisdiccional en estudio, el órgano administrativo competente había decidido de modo distinto, casos similares anteriores. Ello da mérito a que se debata judicialmente si el órgano administrativo estaba obligado a resolver de la misma manera todas las casos iguales sujetos a su resolución, como efecto necesario del valor obligatorio del precedente administrativo, que se constituiría de este modo en fuente de derecho.”

⁵³⁴ Vid. GRACIANO RAMOS, Juan y Et. al. *Cuerpo Auxiliar Administrativo...Ob cit.* p. 214. “Por su parte, el precedente administrativo es la actuación de la administración en cuanto resuelve, negándole en la doctrina y la jurisprudencia su valor de fuente por no tener un carácter vinculante. En todo caso, debe de recordarse que los particulares pueden acogerse a los precedentes administrativos para forzar a la administración a actuar en un determinado sentido, si bien la Administración actuante podrá separarse del criterio seguido en actuaciones precedentes motivando el acto, según dispone el Art. 54.1 c) de la LRJ –PAC.”

⁵³⁵ Vid. ARROUY, Pedro Luis. *Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno* en Revista Cartapacio de Derecho, vol. 16, Argentina, 2006, p. 3. “Así, los precedentes Administrativos o la costumbre serán fuentes del derecho administrativo en la medida en que se les reconozca obligatoriedad por los miembros de la comunidad y los Órganos del Estado jurisdiccionales como administrativos que la comprenden.”

⁵³⁶ Citado por DURAN MARTINEZ, Augusto. *“El Precedente Administrativo”...Ob cit.*, p. 59. El Autor Cita literalmente la apreciación de Rotondo Tornaría sobre la posible calidad de fuente de derecho administrativo.

el sometimiento de la ley⁵³⁷; y sobre todo que no obliga ni siquiera a la administración mucho menos al órgano jurisdiccional, que en caso de ser una verdadera fuente de derecho, obligaría a su respeto, tanto a la primera como al segundo.⁵³⁸

20.2. Consideración Actual sobre de la Calidad de Fuente de Derecho.

El precedente administrativo no obstante se ha discutido sobre su posible calidad de fuente del derecho, se ha de concluir que en la actualidad por lo menos en España⁵³⁹ y El Salvador⁵⁴⁰ el precedente administrativo no es fuente de derecho, sin perjuicio que lo sea en otros sistemas jurídicos⁵⁴¹; por contrastar el mismo frente al principio de legalidad administrativa.

En el caso del derecho español se le ha negado el carácter de fuente de derecho; es así como en diversas sentencias del TSE, se ha establecido que se niega la calidad de fuente por la estrecha relación con el principio de igualdad en la ley⁵⁴² y por el principio de legalidad.⁵⁴³ En cambio en El

⁵³⁷ Vid. STCE 40/1982, de 14 de julio de 1982. Establece que la aplicación del precedente administrativo es flexible y no es inmutable, al exponer que: “La vinculación de la administración a sus precedentes, regla en la que se traduce, en ese plano o nivel, la norma de la igualdad en la aplicación de la ley, no puede significar nunca que le quede vedado a los órganos de la Administración del Estado la búsqueda de una interpretación de las normas más ajustadas al ordenamiento en general”

⁵³⁸ Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?” ...*Ob Cit.*, p. 413. “(...) la conducta de la Administración no puede obligar al poder judicial. El tema se centra, entonces, en una posible vinculación de la Administración a sus precedentes. Cuestión a la que se debe responder de nuevo de forma negativa, pues el precedente también carece de fuerza obligatoria para la Administración, que podrá apartarse de él.”

⁵³⁹ Vid. STSE 27 de diciembre de 1989, “tampoco se puede hacer entrar en juego el precedente porque en Derecho Administrativo no es fuente del derecho, según ha reiterado constante jurisprudencia.”

⁵⁴⁰ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...**Ob Cit.*, p. 46. “Al precedente administrativo no se le otorga una calidad de fuente de derecho, no tiene ese carácter vinculante; la misma Administración puede seguir otro rumbo distinto, si lo considera oportuno, debido a que esas decisiones no tienen un valor normativo.”

⁵⁴¹ Nota: Como en el caso de Argentina donde su máximo expositor Carlos Cassagne, admite la calidad de fuente de derecho en el sistema jurídico administrativo argentino.

⁵⁴² Vid. STSE de 10 de marzo de 1969. “el principio de igualdad se presenta plasmado en actos concretos, en precedentes, que no vinculan a los tribunales, ni a la misma Administración por no ser

salvador solamente se limita a establecer sus efectos jurídicos vinculantes con relación a la argumentación que debe de hacer la administración pública y niega el carácter de fuente de derecho.⁵⁴⁴

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.⁵⁴⁵ Pero ésta relevancia no es precisamente equiparable al nacimiento de una fuente de derecho administrativo, más bien está relacionado con los efectos de la argumentación y justificación de los actos, como el elemento esencial del control por parte de los administrados de alguna desviación de las facultades de la administración pública.⁵⁴⁶

El precedente administrativo en los sistemas continentales habitualmente encuentra su lugar en el ámbito aplicativo, es decir en la etapa de adecuación de la realidad a la norma; y tiene valor en cuanto sirve de

fuerza de Derecho, pero tales precedentes refuerzan la idea de que el principio de igualdad no puede quedar deteriorado.”

⁵⁴³ Vid. STSE del 24 de diciembre de 1979. En su fundamento de derecho expone que “el precedente administrativo no puede convertirse en fuente de derecho, si el mismo implica una vulneración del ordenamiento jurídico.” en este caso el tribunal hace una afirmación del porque no se ha de considerar al precedente como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico español.

⁵⁴⁴ Vid. SSCAS del proceso con ref. 371-2007, del 24 de febrero del 2010. “(...) la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias semejantes, viola el principio de igualdad. La Administración, ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica. Sin embargo, el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho”

⁵⁴⁵ Vid. DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 55. El autor citado en su análisis expone diversos argumentos entre los cuales se encuentra que el precedente administrativo no es fuente de derecho por estar vinculado a la legalidad, es decir su actuación se enmarca en lo que la ley señala; sin embargo el hecho de negarlo como fuente de derecho, no quiere decir que jurídicamente no posea efectos, y no puede ser incluso objeto de impugnación mediante la vía jurisdiccional.; Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “*¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?*”...*Ob Cit.*, p. 414. “Debe matizarse, no obstante, que la no consideración del precedente como fuente del Derecho no supone, sin embargo, que carezca de valor jurídico. Efectivamente, el artículo 54.1.c) LRJAPPC impone un deber de motivación a la Administración de las decisiones que se aparten del precedente (...)”.

⁵⁴⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*...*Ob Cit.*, p. 229. “el precedente se interpreta como un indicio que permite detectar determinadas injusticias”; vid. STSE del 6 de julio de 1959. Al analizar el precedente diferente al caso expuso el tribunal que: “no es justo resolver de forma desigual un caso de circunstancias desiguales.”

expresión a determinados principios generales de derecho, como la igualdad, la seguridad jurídica y la prohibición de la arbitrariedad⁵⁴⁷; y es ahí donde se desliga de las fuentes de derecho y mejor dicho, esa es la razón por la cual el precedente administrativo no es aceptado como fuente de derecho de forma generalizada en la actualidad.

21. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

La formación del precedente administrativo, se da por el simple proceso de interpretar y aplicar una norma a un caso particular por parte de la administración en su función de gestión y de mando, sin embargo, el precedente en si no se refiere a la interpretación del derecho, sino a la forma de aplicar la solución jurídica a un caso semejante con respeto a la decisión anterior de la administración⁵⁴⁸; con respeto en todo caso los principios constitucionales que lo sustentan y sobre todo respetando el principio de legalidad administrativa.

Sin embargo para la utilización del mismo, debe de existir en primer lugar, al menos una decisión previa de la administración; y en segundo lugar, el nuevo acto decisorio debe de cumplir con ciertos elementos que permitan la aplicación correcta del precedente, y por consecuencia estos requisitos se convierten en los elementos que revisten al mismo de vinculación hacia la administración pública; siendo el más importante la existencia de una

⁵⁴⁷ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 533. El autor hace énfasis en determinar, que en el caso de los sistemas continentales, el precedente administrativo no pretende crear derechos, sino que es una expresión de la aplicación de la ley en el tiempo, y que responde a la valoración en la aplicación de la ley de ciertos principios constitucionales, que determinan el alcance máximo de las potestades de la administración pública en el ejercicio de sus facultades sean estas, regladas o discrecionales.

⁵⁴⁸ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. *“El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?”...Ob Cit.*, p. 4. “Es importante aclarar que el precedente administrativo no es la interpretación de la norma ni la forma en que está expresada la resolución por parte de la administración sino en las formas y los métodos de interpretar y aplicar la norma a un caso similar previamente resuelto.”

relación de identidad de posición entre el administrado y la administración pública.⁵⁴⁹

Porque es precisamente en tal relación, donde el precedente administrativo adquiere relevancia jurídica y se manifiesta como un control de la legalidad de la administración; pero existen ciertos requisitos que se han formado a partir de la estructura nuclear del precedente administrativo; y otros derivados de jurisprudencia del derecho español⁵⁵⁰ principalmente, y que cuya falta ocasionan que el precedente administrativo no sea aplicado por carecer de los elementos necesarios para que tenga efectividad, dentro de la actividad de los órganos administrativos; de ahí, la importancia de analizar cada uno de ellos para tener una visión global del precedente administrativo.

21.1. Una Identidad Subjetiva.

Este requisito se refiere a la calidad de los sujetos, implica que estos sujetos han de poseer características o elementos comunes⁵⁵¹, necesarios para la utilización del precedente administrativo; de ahí que si en la relación jurídica administrativa interviene la administración y el administrado, entonces la identidad subjetiva puede recaer sobre el sujeto activo, en este caso la administración, o sobre el sujeto pasivo, siendo tal el administrado.

⁵⁴⁹ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 99. “Para que el “precedente” sea utilizado y tenga eficacia se precisa la identidad de posición en los dos sujetos de la relación jurídico-administrativa: administrado y Administración.”

⁵⁵⁰ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*...*Ob Cit.*, p. 140. De forma textual se cita: “En la práctica, la resolución invocada como precedente debe reunir múltiples requisitos para que se reconozca su eficacia o algún grado de fuerza vinculante. Estos presupuestos aplicativos han ido elaborándose por la jurisprudencia, básicamente del Tribunal Constitucional. Gracias a ellos puede perfilarse una imagen definida del tratamiento de esta figura en España.”

⁵⁵¹ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*...*Ob Cit.*, p. 6. “Si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben llamarse *iguales* sino *idénticas* (...) la identidad, parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común.”

Cuando se analiza la identidad subjetiva de la administración, se refiere que el precedente administrativo para que vincule a la administración pública debe de exigir su aplicación ante el mismo órgano que emitió la resolución anterior; esto resulta razonable y es un rasgo característico del precedente; en la medida que si un acto vincula a la administración a respetar el precedente, es congruente exigir que sea frente al mismo órgano.

Sin embargo el requisito de identidad subjetiva activa debe de entenderse desde dos perspectivas, por una parte se ha de reconocer que la personalidad única del Estado es una sola; en fundamento al art. 1 de la Cn de El Salvador⁵⁵²; y por otra parte, los municipios estos poseen autonomía reconocida en los arts. 203 inc. 1º de la Cn⁵⁵³ y 2 del CMpal⁵⁵⁴, por tanto no se puede pretender que se aplique un precedente administrativo emanado de un municipio, en otro diferente, puesto que posee autonomía administrativa.⁵⁵⁵

⁵⁵² Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. Así pues en su inc. 1º expone que: “Art. 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.”

⁵⁵³ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. “Art. 203.- Los Municipios serán autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo, y se regirán por un Código Municipal, que sentará los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas.”

⁵⁵⁴ Vid. CÓDIGO MUNICIPAL. D.L. n° 274, del 31 de enero de 1986, publicado en el D.O. N° 23, Tomo N° 290, el 5 de febrero de 1986. En el inciso 1º del Art. 1 establece que: “El Municipio constituye la Unidad Política Administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del Municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autoridad y autonomía suficiente.”

⁵⁵⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...Ob Cit., P. 19. “Está claro, por ejemplo, que no podrá alegarse como precedente frente a un municipio una actuación de otro municipio.”

Sin embargo institucionalmente hablando es diferente, en los casos en que el precedente administrativo forma parte de la pretensión frente a la administración pública, en diversas instancias administrativas, entonces puede fácilmente concurrir una identidad subjetiva de la administración, sin importar la circunscripción territorial que posea cada ente administrativo.

Con relación a la exigencia de una identidad subjetiva con relación a los administrados, este requisito no es indispensable, porque es ahí donde entra en juego la doctrina del precedente administrativo, y se diferencia de la teoría de los actos propios, por no desarrollarse dentro de la misma relación jurídica, sino en otra con otros administrados; además si el fundamento del precedente el principio de igualdad en la aplicación de la ley⁵⁵⁶, ha de recordarse que la igualdad no es una cualidad del sujeto, sino que es un tipo de relación entre dos o más sujetos.

Pero no necesariamente los sujetos pueden ser administrados, sino que también puede ser la misma administración pública, sobre este aspecto el autor Luis M. Díez-Picazo expuso que: “Por otra parte, quien alega el precedente no tiene por qué ser siempre un administrado, aunque esto último sea lo más normal. Puede ser otra Administración pública; por ejemplo, un municipio al que la Administración del Estado niega una ayuda que ha dado a otros municipios en casos similares.”⁵⁵⁷ De ahí que el sujeto pasivo del

⁵⁵⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...* Ob Cit., P. 252. “Las exigencias de semejanza o identidad quiebran cuando se refieren al sujeto afectado por el supuesto precedente y el actual. Puesto que el fundamento esencial del precedente administrativo es el principio de igualdad (...) El sujeto afectado por el caso precedente y el caso actual (un particular o una Administración) no pueden ser iguales.”

⁵⁵⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...Ob Cit., P. 20. Al analizar los requisitos del precedente administrativo, hace una reflexión sobre la relación entre los administrados y se concluye que no necesita identidad del sujeto pasivo, puesto que es en la relación jurídica de la administración con los administrados, donde surge la aplicación del precedente administrativo.

precedente administrativo es tanto la administración pública⁵⁵⁸ y los administrados.

Por lo tanto, el requisito de identidad subjetiva es importante para poder establecer el uso o no de la técnica del precedente administrativo, ya el mismo es un mecanismo de control de la arbitrariedad de la administración pública, que no necesariamente ha de ser dentro de la misma relación jurídica individual, sino que se extiende a otras, con la particularidad que han de ser siempre frente al órgano administrativo que constituyó el precedente.

21.2. Una Identidad Objetiva.

Se refiere a que debe de existir coincidencia entre los supuestos de hecho del precedente con el caso presente; su importancia es tan trascendental en caso de no existir coincidencia en los supuestos de hecho se establece la no existencia de un precedente, sino simplemente se estaría frente a un acto anterior que no tiene vinculación alguna con el caso en particular.

La identidad objetiva, no se refiere exactamente a los sujetos⁵⁵⁹, sino a la similitud de las circunstancias de hecho del precedente, que incluye también la materialización formal del acto; así cuando se habla que debe de

⁵⁵⁸ Ejemplo se esto es la resolución 70-2013 de la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) de El Salvador, del día 13 de Agosto del 2013. El punto en controversia era que la peticionaria solicitó información sobre la cantidad, costo, destino, fecha de entrada y salida de viajes del Presidente de la República; sin embargo la UAIP, acepto parcialmente la pretensión en cuanto a determinar el número de viajes, por considerar que parte de la información requerida, atenta contra la seguridad del mandatario, y hace referencia a su propio precedente de la siguiente forma en su fundamento: “ En este punto, el suscrito nota que existe un precedente administrativo emitido por esta Unidad de Acceso a la Información Pública con relación a la documentación solicitada por la señora (...) en la cual, en la resolución de las ocho horas del seis de junio de dos mil trece, con numero de referencia 49-2013, se señaló que el número de viajes que hace el presidente de la República no es susceptible de limitación(...)”

⁵⁵⁹ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 99. “Respecto al administrado, es necesario que se encuentre en las mismas circunstancias de hecho que el otro u otros administrados con quienes se trate de homologar y que de otra parte exista identidad en las reglas de derecho que deben aplicarse a las causas de los mismos.”

existir una identidad objetiva entre dos actuaciones de la administración, quiere decir tanto el *objeto, la causa y la forma*, deben de ser similares⁵⁶⁰ a la establecida con otros administrados; sin embargo estos tres elementos que concurren para observar una identidad objetiva, se han de hacer algunas consideraciones.

Con relación al objeto; para determinar si existe similitud entre un acto y un precedente administrativo; porque no puede considerarse como similares una autorización administrativa frente a una sanción, el objeto de ambas es diferente y su finalidad también lo es; al igual que no es posible encontrar identidad en dos actos en el que uno sea estimatorio y el otro desestimatorio de la pretensión.

Con relación a la forma; sobre este punto se plantea que ante un acto precedente para que este pueda ser utilizado es determinante verificar si la forma en que se ha producido es vital para su utilización, por ejemplo si el acto anterior es estimatorio mediante la aplicación del silencio administrativo, y en el caso presente solo se tiene la pretensión del mismo resultado, pero se encuentra que la administración se ha pronunciado sobre la desestimación, y se argumenta que ante la misma petición mediante el silencio administrativo fue estimada la solicitud hecha por otro administrado, en este caso tampoco se cumple el requisito de identidad objetiva con respecto al elemento formal del acto.⁵⁶¹

Y con relación a la causa; este es el principal elemento y argumento que la administración utiliza para desechar la aplicación de los precedentes,

⁵⁶⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, pp. 20-21. “Cuando se afirma que, para poder aplicar la doctrina del precedente, debe existir una identidad objetiva entre dos actuaciones de la Administración, se quiere decir que los elementos objetivos de ambas actuaciones han de ser similares.”

⁵⁶¹ Vid. *Ibidem.*, p. 21. “hay que relativizar también la importancia del elemento formal. Si la forma sirve para dar a conocer una actuación y garantizar los intereses de los administrados, debe rasgarse el velo formal cuando no cumpla esas finalidades. Es más, un cambio en la forma puede ser, a veces, un modo de encubrir una desigualdad injustificada.”

por establecer que los elementos fácticos son diferentes entre un caso anterior y otro distinto⁵⁶²; pero al mismo tiempo la aplicación de la misma solución, ante la similitud de circunstancias es el principal fundamento de la igualdad en la aplicación de la ley.

Las circunstancias que han de analizarse sobre la existencia o no de identidad objetiva, deben de ceñirse a los elementos relevantes de hecho, es decir a los elementos determinantes de la decisión de la administración (*ratio decidendi*) y no a los elementos accesorios que no influyeron en la decisión administrativa (*obiter dicta*); de ahí que sin la concurrencia de este elemento se puede establecer la inexistencia del precedente⁵⁶³, porque la no concurrencia de similitudes en el argumento de derecho, entonces se trata de un caso diferente.⁵⁶⁴

Sin embargo, la realización de un test de semejanza entre el elemento objetivo del precedente y un caso aparentemente similar, didácticamente resulta fácil; en cuanto significa verificar si las circunstancias fácticas o jurídicas son las mismas; pero en la aplicación práctica, esto resulta dificultoso, porque el uso excesivo de la regla de distinción o

⁵⁶² Vid. OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente... Ob Cit.*, p. 45. “(...) la frontera sutil que separa un efectivo cambio de criterio del órgano aplicador y la posible existencia de una calificación del sentido jurídico de unos u otros elementos fácticos que lleve a descartar la aparente identidad de dos supuestos; en tal caso, el criterio precedente no cambia sino que, simplemente, no sería aplicable.”

⁵⁶³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, 248. La autora expone que cuando existe una coincidencia fáctica, solo ahí se encuentra frente a un precedente administrativo, y expone que: “Sólo se está ante un precedente (capaz de producir efectos jurídicos) cuando el acto cumple, al menos, esta condición. De lo contrario se estaría simplemente ante un acto anterior, pero no *precedente*, en el sentido de que pueda incardinarse en la homónima doctrina jurídica.”

⁵⁶⁴ Vid. *STSE del 22 de junio de 1979*. La cual establece en su fundamento de derecho que “precedentes que responde a causa, situaciones y elementos distintos no son aplicados al caso planteado”; vid *STSE de 27 de octubre de 1981*; vid. *STSE 26 de enero de 1982*; de 2 de febrero de 1982.

*distinguishing*⁵⁶⁵, es rigurosa y promueve la aplicación de forma estricta de este requisito, lo cual resulta casi imposible en la realidad.⁵⁶⁶

En España, se ha llegado en algunos casos a simplemente argumentar la no existencia de similitudes, sin entrar en mayores justificaciones⁵⁶⁷; y en El Salvador, en algunas sentencias de la SCNS hace alusión a la necesidad de una *completa similitud*⁵⁶⁸, esto contribuye a que este requisito sea cada vez más difícil de cumplir.

Por otra parte, el Dr. Ricardo Mena Guerra, expone que para resolver esta dificultad aplicativa, se ha de identificar el tipo de identidad necesaria para cumplir este requisito, si se trata de una identidad absoluta o relativa.⁵⁶⁹

La identidad absoluta, establece el análisis de cada uno de los elementos que necesariamente deberán tener el mismo origen, sea este de ley o de hecho controvertido, la problemática de establecer la identidad absoluta entre dos actos, es que con este tipo de identidad no se toma en consideración, que existen elementos innecesarios que podrían obviarse, por carecer de la relevancia jurídica para resolver el caso.

En cambio, la identidad relativa hace énfasis en la confrontación de los elementos de la discusión frente al caso en comparación, verificando que el

⁵⁶⁵ Nota: para mejor entendimiento remítase al tema 18.2.2 de la presente investigación.

⁵⁶⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 249. “(...) el uso abusivo que la Administración o los tribunales pueden hacer de su capacidad para apreciar la concurrencia de este requisito”

⁵⁶⁷ Vid. *STSE del 10 de junio del 2002*, en un supuesto de homologación de un título el Tribunal Supremo declaró que no podía ser aplicado el precedente invocado por la falta de identidad entre los actos al expresar que: “no hay identidad fáctica entre los precedentes.”

⁵⁶⁸ Vid. *SSCNS del proceso con referencia 948-2002, de fecha 11/07/2003*. Establece entre una de las reglas de la aplicación del precedente que: “cuando exista una *completa similitud* en los sujetos y en las circunstancias objetivas de casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente sea el mismo en ambas situaciones”, el texto que aparece en cursiva es nuestro; vid. *SSCNS ref. 947-2002, SSCNS del 07/07/2003.*; vid. *SSCNS ref. 741-2002, del 11/07/2003*.

⁵⁶⁹ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia... Ob Cit.*, p. 121. “para la concurrencia del requisito, identificado como coincidencia de supuestos fácticos, el aplicador del Derecho debe de realizar una evaluación de los hechos, con la finalidad de determinar la identidad fáctica entre el supuesto controvertido y el precedente invocado. En este punto se hace necesario aclarar si la similitud necesaria debe de plantearse en términos de absoluta o relativa identidad.”

supuesto del debate fue objeto de análisis en el razonamiento jurídico del precedente, descartándose todos los elementos accesorios del caso que no obstaculizan la similitud.⁵⁷⁰

La valoración de la existencia de la identidad objetiva no puede ser absoluta, sino que ha de entenderse en abstracto, porque pretender que todas y exactamente cada una de las circunstancias de hecho sean adecuadas al precedente es casi imposible⁵⁷¹; y la determinación estricta de una identidad objetiva, se convierte en el principal requisito y obstáculo para la aplicación del precedente administrativo.

21.3. La Exclusiva Aplicación en los Ámbitos Discrecionales.

El precedente administrativo solo es apreciable en la aplicación de ámbitos discrecionales y por lo tanto se excluye la aplicación en las potestades regladas; esta es la regla general, sin embargo existen ciertos matices importantes a considerar con relación a los conceptos jurídicos indeterminados y a la discrecionalidad técnica.⁵⁷²

El precedente nunca ha de estar por encima de la legalidad, ahí que el TSE ha expresado de forma clara que la aplicación de los precedentes no puede estar en las facultades regladas, es así que la inscripción de una

⁵⁷⁰ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia...Ob Cit.*, p. 121-122. Establece de forma clara que este es el criterio que la sala ha de entender para cumplir este requisito, por lo tanto la importancia de conocer la *ratio decidendi*, y lograr diferenciarla de la *obiter dicta*, es trascendental.

⁵⁷¹ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 250. “El requisito de identidad objetiva debe entenderse, pues, en abstracto y no como una absoluta identidad entre los supuestos de hecho, que es prácticamente irrealizable en la realidad.”

⁵⁷² Nota: sobre este punto se hace una remisión a lo expuesto en los temas 10, 11 y 12 del capítulo segundo del presente documento.

marca es considerada como una potestad reglada⁵⁷³, en tal sentido la Sentencia del 18 de diciembre de 1989 expresó:

“(…) no es dable olvidar que la marca oponente, al estar inscrita en el Registro, opera todos sus efectos y que la concesión de una marca o su denegación no es una actividad discrecional, sino reglada, en la que *no puede entrar en juego el precedente administrativo, con la consiguiente prevalencia del principio de legalidad sobre el de igualdad*, precedente que no vincula al Registro que al igual que los Tribunales queda sujeto al principio de legalidad por lo que la Administración no quedaba vinculada por anteriores precedentes, pues si las anteriores resoluciones en la misma materia de ascensos eran ilegales, la Administración no estaba obligada en virtud del principio de igualdad a seguir las mismas y si tales resoluciones ero legales, la obligación de la Administración de seguir dictando resoluciones en el mismo sentido no deriva de su vinculación a aquéllas ni al principio constitucional de igualdad, sino del principio de legalidad, garantizado por el Art. 9.3 CE”⁵⁷⁴

Al analizar lo anterior, se deduce que el requisito de que se aplique el precedente administrativo únicamente en las potestades discrecionales, sirve para establecer la existencia de un precedente “vinculante a la administración”; pero siguiendo la influencia del *Common law*, dentro de la doctrina del precedente administrativo se identifica también la posible

⁵⁷³ Nota: de la misma forma se considera en España como potestades regladas la concesión de algunos permisos, licencias o autorizaciones. Así, por ejemplo, en el caso de los permisos de investigación o las concesiones minera (STSE de 30 de mayo de 1991; SSTE 8 de julio de 1991); la autorización de apertura de farmacia. (STSE de 9 de diciembre de 1996).

⁵⁷⁴ Vid. STSE del 19 de diciembre de 1989. En este caso la parte actora fundamentaba su pretensión en la existencia de inscripciones con anterioridad sobre la misma condición, en cuanto que una vez establecido el plazo de prescripción de una marca, el registro la había admitido, pero en el presente caso, la administración había advertido que no cumplía con todos los requisitos de ley para inscribirse, aun cuando ya había prescrito el derecho anterior sobre la marca pretendida.

existencia de un *precedente administrativo interpretativo*⁵⁷⁵; el cual recae en la correcta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados.

En el caso de El salvador, la aplicación exclusiva del precedente administrativo en el ámbito discrecional, puede interpretarse de la regla general que la jurisprudencia ha reconocido sobre la aplicación del principio de igualdad⁵⁷⁶; sin embargo al no establecer con exactitud lo que ha de entenderse como *poder discrecional*, se puede llegar a la conclusión que este llamado poder discrecional puede presentarse tanto en las facultades discrecionales, salvo excepciones (discrecionalidad técnica); como también en las facultades regladas (conceptos jurídicos indeterminados).

Estos precedentes que se aplican en los conceptos jurídicos indeterminados, no van en contra de la ley, sino que complementan la igualdad en la interpretación de las normas,⁵⁷⁷ generan seguridad jurídica en su interpretación positiva como negativa, lo cual genera que el control de la discrecionalidad se realizase independientemente del tipo de potestad.⁵⁷⁸

De ahí que el cumplimiento de este requisito, ha de interpretarse de forma amplia y no restrictiva, a efectos de asegurar un control de la

⁵⁷⁵ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 258. “Ahora bien, hay que tener en cuenta que en los casos de potestades regladas también se llevan a cabo actividades de interpretación, previas a la aplicación de la ley. En esos supuestos, *los precedentes interpretativos* no compiten en modo alguno con la Ley, sino que se sitúan en un ámbito aplicativo de la Ley.”

⁵⁷⁶ Vid. SSCAS del proceso con referencia 85-f-2004, del 02/ 10/2009. “El Principio de Igualdad, de rango constitucional y aplicable a todas las actuaciones de la Administración, es *límite del poder discrecional*, el ejercicio de éste debe ajustar a las exigencias de dicho principio. Por ello se ha hablado de la irracionalidad de la desigualdad, cuando la actividad administrativa ha dado tratamientos distintos a supuestos en esencia idénticos”, se hace la aclaración que el texto en cursiva es propio.

⁵⁷⁷ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo...Ob Cit.*”, pp. 84-86; Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo...Ob Cit.*”, p. 30. Expone que no se puede negar la incidencia del precedente administrativo también en las facultades regladas, sin embargo con la salvedad que no son eminentemente regladas, puesto que en los conceptos jurídicos indeterminados cabe apreciar un margen de apreciación sobre su valor positivo o negativo.

⁵⁷⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo...Ob Cit.*”, 30. El autor al brindar una opinión considera que: “(...) en consecuencia, que mediante la doctrina del precedente se puede controlar la discrecionalidad existente en toda potestad cualquiera que sea la forma en que se manifieste”.

discrecionalidad contenida en todas sus formas independientemente del tipo de potestad de la cual se derive.

21.4. La Prueba del Precedente Administrativo Invocado.

Es por regla general que la parte que alega una situación determinada debe de probarla, especialmente las circunstancias fácticas y jurídicas de su pretensión, de ahí que para la utilización de un precedente administrativo sea necesario probar la existencia del precedente administrativo invocado que se propone como parámetro de comparación válido.

Aun con el cumplimiento de los requisitos anteriores, sino se prueba la existencia del precedente, la pretensión puede ser desestimada; así que para establecer que efectivamente existe una similitud objetiva de los actos, es necesario argumentar por qué son análogos, es decir, la parte interesada debe de cumplir con la carga de exponer los elementos del caso que le son comunes frente al precedente; lo anterior es una exigencia muy marcada por el TSE, que en reiterada jurisprudencia expone que la falta de aportación de datos que corrobore la semejanza de los actos, resta fuerza al argumento y en ocasiones incluso origina que sea desestimada la pretensión.⁵⁷⁹

La forma de probar un precedente administrativo es diferente según el caso, la Autor Silvia Diez Sastre expone que: “Así por ejemplo, en su caso, la publicación del acto, su notificación (si el sujeto afectado por el acto precedente coincide con el sujeto actual), una copia del registro

⁵⁷⁹ Vid. *STSE de 6 de mayo de 1983*, en un supuesto de concesión de patentes resolvió que: “el hecho de que se conocieran otras patentes no es determinante porque no hay un estudio que demuestre que eran casos análogos”; Vid. *STSE de 24 de septiembre de 1999*. En un supuesto de expropiación forzosa expone que: “(...) se citan supuestos de precedente administrativo para fundamentar la pretensión, pero no dan prueba de la valoración del terreno ni de las circunstancias de la expropiación”.

correspondiente (por ejemplo, en los casos de marcas) o, incluso, una sentencia en la que se haga referencia al acto.”⁵⁸⁰

De la misma forma la SCAS establece la necesidad de cumplir con la carga de probar la existencia del precedente; así la sentencia del proceso Contencioso Administrativo ref. 248-2002, del once de julio del dos mil tres, en considerando III, literal b) expone la Sala que:

“Consta en el presente expediente judicial, de fs. 72 al 75 vto., fotocopias certificadas por notario de las resoluciones por medio de las cuales en dos ocasiones el Jefe de la Sección de Devoluciones de Renta y en una el Jefe del Departamento de Devoluciones, ambos por delegación del Subdirector General de Impuestos Internos, en casos idénticos al de la parte actora no aplicaron el Art. 48 aun cuando las solicitudes de devolución fueron hechas el mismo día diecinueve de enero de dos mil, las resoluciones favorables fueron pronunciadas el día siete de noviembre de dos mil, antes de la impugnada en este proceso, por lo tanto son su precedente administrativo, constituyendo el parámetro de comparación necesario para examinar la supuesta transgresión de la igualdad aducida por la actora.”⁵⁸¹

En el ejemplo anterior para probar el precedente administrativo, no solo se hizo referencia al mismo, sino que se incorporaron las copias certificadas por notario; en ese sentido este requisito ha de flexibilizarse en tanto, el medio idóneo para probar el precedente será por la forma en que

⁵⁸⁰ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 259. Al analizar a los requisitos para la aplicación del precedente administrativo, expone de forma clara que la falta de su prueba, por parte de quien lo alega parece que surte un efecto negativo con relación a su pretensión.

⁵⁸¹ Vid. SSCAS ref. 248-2002, del 11/07/2003. El proceso fue promovido contra las providencias del Subdirector General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, por declarar no ha lugar por improcedente, la devolución del Impuesto Sobre la Renta pagado en exceso o sea indebidamente, tal petición la hizo después de haber presentado declaración modificatoria de la original, pues había declarado como ingresos una cantidad que estaba exenta del referido impuesto, y la autoridad demandada resolvió que ya había expirado el plazo para solicitar la devolución, pues la ley establecía que fuera de tal plazo las modificaciones que se presentaran, no se consideraban parte de la declaración original de impuesto.

materializó en todo caso; sin perjuicio que este luego haya sido publicado, ya sea en recopilaciones dedicadas para ese fin.

Sin embargo, probar la existencia de un precedente administrativo con una sentencia, parece que se entra en una contradicción; pero, si la sentencia contenida declara la legalidad del precedente, en este caso la sentencia probará no solo la existencia de un precedente, sino su conformidad con el sistema de legalidad de la administración.

21.5. La existencia de una sanción judicial Previa.

Ha de advertirse, que este requisito está identificado con la legalidad del acto que crea un precedente administrativo y está relacionado con la carga de la prueba de la existencia del precedente administrativo, por regla general el precedente vincula a la propia administración, a respetar su criterio; y basta con la existencia de los demás requisitos mencionados para que pueda surtir efectos vinculantes a la administración.

La exigencia de una sanción judicial, no necesariamente es un elemento imperativo del precedente administrativo, puesto que todos los actos de la administración poseen una presunción de legalidad⁵⁸², llamada también presunción de validez⁵⁸³, que en todo caso para determinar que no es legal el acto, este debe ser declarado por la instancia superior administrativa, y por supuesto, en el caso de El Salvador mediante su declaratoria de nulidad a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁸² Vid. MARÍA DÍEZ, Manuel y E tal. *Acto y Procedimiento Administrativo*. 1º Edición, Editorial Plus Ultra, Argentina. 1975., p. 80. “Quiere decir que la actividad administrativa ha sido emitida conforme al Derecho; que su emisión responde a todas las prescripciones legales o se han respetado las normas que regulan la producción de la actividad administrativa.”

⁵⁸³ Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I...Ob Cit.*, p. 139. “El Acto administrativo se perfecciona cuando en su producción concurren los elementos esenciales, lo que lleva consigo que se le atribuya presunción de validez. Esta dispensa a la administración autora del acto de seguir ningún tipo de proceso declarativo si alguien, en cualesquiera instancia, pusiera en duda o pretendiera su invalidez, presumiéndose válidos mientras su nulidad no haya sido declarada administrativa o judicialmente.”

En el caso del Derecho Español, es muy notorio la exigencia de una sanción judicial, como un requisito para ser utilizado, es así como el TSE en su sentencia del 4 de julio de 1979, en un caso de inscripción registral de marcas, expuso de forma clara que: “no cabe tener en cuenta el precedente administrativo si no ha sido sancionado por resolución judicial”⁵⁸⁴; considerando que todo precedente administrativo que no ha sido sancionado no es un *precedente definitivo*.⁵⁸⁵

Ahora hay que analizar este requisito con detenimiento; en el caso del El Salvador, de las pocas sentencias que hacen mención del precedente administrativo no hacen alusión alguna a la *necesidad* de una sanción judicial, para que sea utilizado el precedente. Las razones son atendibles, pues por una parte si el precedente administrativo es estimatorio, no podría existir una sanción judicial porque el administrado beneficiado de un acto administrativo, creador de un precedente para los demás administrados, no lo impugnaría; y por lo tanto no habría una sanción judicial que estimase la legalidad de dicho acto.

Ahora bien, con ese orden de ideas, podría existir y de alguna forma probar la existencia de un precedente, en el caso de una *reiterada negativa de la administración a aceptar un criterio válido*; esto ocurre en los casos que pese a que en varias ocasiones la administración ha tenido que resolver casos similares con soluciones diferentes, no se logra con ello romper la vinculación del precedente administrativo, por lo que son impugnados sus actos ante el órgano judicial.

22. LA VINCULACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

⁵⁸⁴ Vid. STSE del 4 de julio de 1979; en el mismo sentido también STSE del 29 de noviembre de 1979, STSE de febrero de 1982; y STSE del 5 de noviembre de 1993.

⁵⁸⁵ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 267. Así se reconoce por el Tribunal Supremo al entender que el precedente administrativo no tiene carácter definitivo hasta que se sanciona judicialmente”; Vid. STSE de 22 de mayo de 1984; STSE del 13 de septiembre de 2001.

Hasta este punto, se ha hecho alusión sobre la vinculación que posee el precedente administrativo, frente a la administración pública; sin embargo el tipo de vinculación a la que se refiere el precedente administrativo, no es precisamente una vinculación *normativa*; en cuanto se comprende que este precedente es un *precedente no normativo*, que necesita de un fundamento para su vinculación y que la administración puede separarse de su criterio al cumplir ciertas condiciones válidas.⁵⁸⁶

Fundamento que también puede ser dentro de un cuerpo normativo; para el caso del derecho español, no se encuentra regulada de forma expresa la figura del precedente administrativo, pero sin embargo existe la obligación de la administración de motivar sus actos cuando esto se separen de los criterios mantenidos por la administración regulada en el art. 54.1 lit. c) de la LRJ-PAC el cual expone las razones por las que la administración deber motivar su acto y entre los motivos se encuentra: “c) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”⁵⁸⁷

Sin perjuicio de lo anterior, al hablar de la vinculación del precedente administrativo, es importante aclarar que existen dos grados de vinculación reconocidos; por una parte está la *vinculación estricta*, la cual quiere decir que la vinculación de la administración “debe” respetar lo establecido, en este caso a la ley, lo que en esencia es el principio de la legalidad de la administración; por otra parte si la vinculación no es estricta en el sentido de la palabra, nos encontramos frente a la llamada *vinculación flexible*, que

⁵⁸⁶ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso... Ob Cit.*, p. 538. “Por regla general la jurisprudencia como la doctrina niegan el posible carácter vinculante del precedente; afirman que en cualquier caso, la administración siempre debe tener la posibilidad de apartarse de sus propias decisiones anteriores, cuando cumpla una serie de condiciones.”

⁵⁸⁷ Vid. LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. Ley 30/1992 del 26 de noviembre. BOE número 285, del 27 de noviembre de 1992.

parte del respeto del principio de legalidad pero matizado en la aplicación de las facultades discrecionales, donde existe una cierta libertad optativa.⁵⁸⁸

Para el caso, el carácter vinculante del precedente es establecido por la relación simbiótica con los principios constitucionales⁵⁸⁹; por ello un elemento esencial de la fuerza vinculante del precedente se encuentra en su argumentación conforme al texto constitucional.⁵⁹⁰ Sin embargo, tanto la aplicación de la ley como la de un principio ha de razonarse, porque la ley no es inmutable, ni mucho menos el alcance normativo de los principios constitucionales; porque estos necesitan adaptarse a las condiciones sociales para seguir siendo válidos y vigentes.⁵⁹¹

Es consecuente advertir, que por una parte lo vinculante del precedente se encuentra en su fundamento constitucional⁵⁹²; no obstante

⁵⁸⁸ Vid. ESCHMIDT-ASSMANN, Berhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Traducción de la 1ª Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid. 2003. Citando textualmente al autor: “La aplicación de la norma jurídica a cada caso concreto es la forma elemental -y a la par fundamental- de hacer eficaz la vinculación de la Administración al Derecho. La doctrina jurídica se viene ocupando preferentemente de este aspecto dentro del tema general de la vinculación normativa. Se distinguen de esta forma varios niveles de intensidad en la vinculación aplicativa de la Administración: vinculación estricta, donde la consecuencia jurídica tiene carácter necesario; y vinculación flexible, mediante la apertura de un ámbito de discrecionalidad aplicativa o libertad de configuración administrativa.”

⁵⁸⁹ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*” en Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, año IV. Nº 9. México. 2012., p. 4. Sobre el carácter vinculante del precedente administrativo el autor sostiene que: “Por lo que se refiere al carácter vinculante del precedente administrativo ésta se fundamenta en el principio de igualdad del administrado ante la ley y para que opere debe existir identidad de circunstancias, como requisito sine qua non y obvio, que la actuación de la administración esté dentro del límite de la legalidad”

⁵⁹⁰ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 231. Citando textualmente a KRIELE, Martin, “*Theorie der Rechtsgewinnung*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1976., p. 246 y ss. “la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión”

⁵⁹¹ Nota: como un ejemplo de lo escrito, en el caso del principio de igualdad, el alcance normativo en la actualidad comprende tanto en el reconocimiento de una igualdad en la ley, como en la aplicación de la ley; sin embargo para que esto sucediera tuvo que evolucionar desde sus orígenes en la revolución francesa, en donde solo se reconocía una igualdad en la ley. (remítase al tema 4.2 y siguientes)

⁵⁹² Vid. ESCHMIDT-ASSMANN, Berhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 60. “En líneas generales esta eficacia vinculante de las disposiciones administrativas se extrae del principio de igualdad. Hay que señalar, con todo, que aquí no estamos ante una vinculación de la Administración al precedente, sino a la *voluntad normativa de la Administración*. Las disposiciones

para que pueda ser considerado como un *precedente administrativo vinculante* ha de cumplir con elementos que sirven para establecer si es aplicable o no el precedente y no necesariamente para establecer la vinculación del precedente por sí mismo; sin embargo existen ciertos requisitos que la administración debe de cumplir para poder superar la virtual vinculación del precedente administrativo, los cuales merecen su debido análisis.

23. REQUISITOS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN SE DESVINCULE DE SUS PRECEDENTES.

La regla general es que el precedente administrativo vincula a la administración pública, pero por el *carácter flexible* del precedente administrativo, puede desvincularse la administración del precedente siempre y cuando concurren ciertas exigencias, que la doctrina ha establecido que desde la existencia de una motivación justificada; el cambio de forma general; la existencia de un interés público y el hecho que el precedente sea ilegal.

23.1. La motivación justificada.

La motivación del acto administrativo, es un elemento esencial, para que la administración pueda separarse del precedente administrativo, y de esta forma cambiar o modificar un precedente, que vinculará a las futuras decisiones de la administración pública; en el derecho administrativo la motivación está relacionada estrechamente con la validez del acto, por tanto

administrativas se pueden entender hoy como normas jurídicas con un alcance vinculante peculiar y relativo”.

su carencia podría ser objeto de control jurisdiccional y su virtual anulación.⁵⁹³

Cuando se habla del *motivo* del acto administrativo, se hace una remisión inmediata a la *teoría de la causa*⁵⁹⁴; la cual tiene como finalidad brindar el soporte tanto intelectual, lógico, sistemático y sobre todo argumentativo, de las razones por las cuales la administración pública; toman una decisión, plasmada en un acto administrativo, en fundamento a criterios, tanto fácticos, normativos, lógicos y valorativos.

Esta nueva argumentación, que se hace en la motivación es considerada como una *contra argumentación*⁵⁹⁵, en tanto cada vez que un acto tiene validez y es considerado como un precedente administrativo, este posee un peso argumentativo que le brinda validez; de ahí que esta contra argumentación deberá poseer el peso jurídico suficiente para sustituir la *ratio decidendi*, del precedente que se quiere cambiar o modificar.

La condición de validez del acto administrativo⁵⁹⁶, es entonces la debida motivación que la administración pública debe de hacer; de suerte

⁵⁹³ Vid. MARROQUÍN DE LEÓN, Ana Gloria. “*Motivación de los Actos Tributarios y Administrativos*” en Boletín de la Unidad de Divulgación del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y Aduanas (UDITAIIA), Tercera Época. N° 71, año 18 julio-agosto-septiembre, El Salvador, 2010, p.13. “Por otra parte, la motivación de los actos administrativos permite de modo más adecuado su valoración, tanto para los administrados como para los órganos judiciales y administrativos que deben pronunciarse sobre su validez o invalidez.”

⁵⁹⁴ Vid. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2ª Edición, México, 1994., p. 76. “El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella, podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo”

⁵⁹⁵ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 231. “La dificultad de tal contra argumentación dependerá del peso de las razones fundantes del precedente a sustituir, y de la legitimación de que goce el mismo en la comunidad jurídica.”

⁵⁹⁶ Vid. SSCAS del 20/03/1998, ref. 75-A-95. “Las resoluciones administrativas deben ir debidamente motivadas. La motivación consiste en la “exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto (...) y constituye un requisito ineludible, sobre todo en actos desfavorables al administrado.”, esa inducción es la parte más importante del acto, porque se

que si una autoridad administrativa cualquiera que sea, no justifica el quebrantamiento de su precedente en las circunstancias con identidad objetiva y subjetiva, se estaría frente a un trato discriminatorio entre sus administrados, vulnerando de esta forma el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

La carga de la motivación 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, y puede incurrir en una discriminación atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de los administrados.⁵⁹⁷ Esta discriminación, puede ser fácilmente examinada mediante su impugnación mediante un recurso administrativo, y en su caso mediante el proceso contencioso administrativo, ya que esta omisión afecta la validez del acto y puede ser atacado por medio, de la declaratoria de la nulidad del mismo.

La motivación no solo debe de entenderse como la valoración y justificación normativa, sino que debe de ceñirse a las circunstancias fácticas del hecho, porque no pueden ser admisibles formas generales de motivación de un acto⁵⁹⁸, sino que debe de contrastar en la decisión una relación directa entre hecho y el derecho, respetando en todo caso el principio de

concretiza la potestad discrecional a un supuesto real, y por lo tanto en fundamento al principio de legalidad, debe de sustentarse, en consideraciones lícitas, bajo los parámetros que le ley establece.”

⁵⁹⁷ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 57. De forma textual expone que: “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” Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I...Ob Cit.*, p. 83.

⁵⁹⁸ Vid. *Ibidem.*, p. 58. “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”

legalidad⁵⁹⁹; por consecuencia la motivación es un mecanismo de control de la posible desviación de poder que la administración pueda hacer a través de los actos dictados de forma arbitraria.⁶⁰⁰

La motivación es el pilar de legalidad que debe de utilizar el órgano administrativo al momento de emitir un acto, porque de lo contrario estaría omitiendo uno de los requisitos de validez del mismo.⁶⁰¹ Cuando los órganos de la Administración Pública actúan y sobre todo cuando dicha actuación implica una afectación a la esfera jurídica de un particular, deberán justificar plenamente su decisión con razonamientos jurídicos.

En primer lugar, se deberá justificar la competencia constitucional o legal bajo la cual actúa; y, en segundo término, se deberá hacer un análisis del supuesto normativo que contempla su actuación relacionándolo con los acontecimientos fácticos bajo los cuales es aplicable dicha hipótesis.

Lo anterior, se vuelve necesario en la medida en que la Administración está regida, bajo el principio de legalidad y en tal sentido su actuación no puede entenderse sin sujeción a la ley. Por ello, aunque la argumentación de la Administración no sea tan técnica como la que lleva a cabo el órgano

⁵⁹⁹ Vid. MARROQUÍN DE LEÓN, Ana Gloria. *“Motivación de los Actos Tributarios y Administrativos”*...*Ob Cit.*, p.13. “La motivación en términos generales, es el requisito de forma más importante para la producción de un acto administrativo, entendida ésta como la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto.”

⁶⁰⁰ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo I...**Ob Cit.*, p. 172. El autor al abordar la motivación del precedente administrativo expone que: “La modificación de una práctica o precedente administrativo debe hallarse precedida de una motivación que exteriorice las razones concretas que han conducido a esa decisión. Con ello se pretende controlar la desviación de poder o arbitrariedad encubierta que puedan tener ciertos actos administrativos”

⁶⁰¹ Vid. SATOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez.* *Ob Cit.*, p. 77. “A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de éstos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.” Además en la doctrina se desarrolla de igual forma como móviles del derecho administrativo; también Vid. JOSSEERAND, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado.* Editorial José M. México, 1946., p. 9.

jurisdiccional, siempre le será exigible un mínimo de razonamiento que justifique su actuación, fundamentada en disposiciones jurídicas preexistentes.⁶⁰²

En el derecho español, el deber de motivación de los actos administrativos que se separen de su precedente está determinada normativamente por el art. 54.1 lit. c) de la LRJ-PAC el cual expone las razones por las que la administración deber motivar su acto y entre los motivos se encuentra: “c) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”⁶⁰³

En España es evidente, que el deber de motivación proveniente de la aplicación de este artículo es trascendental; porque ahí es donde se encuentra en una obligación la administración de una motivación suficiente para separarse del criterio anterior⁶⁰⁴; al contrastarlo con el derecho Salvadoreño, la obligación de motivar un cambio de precedente es

⁶⁰² Vid. SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Argumentación Jurídica*. Cuadernos de Trabajo, Universidad Autónoma de México, 1ª Edición, México, 2009., p. 60. En el análisis de la argumentación de los actos administrativos, hacen una clara manifestación que la argumentación dentro de la sede administrativa es diferente que en la sede judicial, pero con la característica común que ambas están bajo el parámetro limítrofe de la legalidad, por lo que expresan que: “(...) cabe señalar que en materia de Justicia Administrativa, se encontrará también una peculiar forma de argumentar en las decisiones. Por un lado, en el caso de los recursos administrativos será la propia autoridad quien entre al estudio de la legalidad del acto impugnado, en donde tendrá que razonar en torno a la legalidad del acto aludiendo a la procedencia o no de los agravios hechos valer. Por otro lado, se tiene al contencioso administrativo en donde se ventila todo un procedimiento propiamente dicho, en el que un órgano jurisdiccional resolverá las controversias entre la Administración y los particulares. Aquí, se dará toda una argumentación propia de órganos jurisdiccionales, equiparable a la argumentación judicial (...)”.

⁶⁰³ LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. Ley 30/1992 del 26 de noviembre. BOE número 285, del 27 de noviembre.

⁶⁰⁴ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 65. “El deber de motivación del art. 54.1.c) LRJ-PAC es, por tanto, un argumento que determina, sin duda, la relevancia jurídica del precedente administrativo. De acuerdo con él, la Ley obliga a la Administración, en todos los casos, a razonar sus cambios de criterio. Lo que, a su vez, constituye un parámetro de control que debe ser empleado por los órganos judiciales para revisar la actividad administrativa.”

establecido por la jurisprudencia⁶⁰⁵; por lo que la motivación al ser un requisito de validez, es aún más exigible cuando el acto administrativo deba de separarse de un criterio anterior.

23.2. Cambio de criterio de modo general.

La administración pública, puede desvincularse de su criterio anterior, por un cambio general en la forma de interpretar y aplicar al caso concreto una determinada ley; para que de esta forma el criterio adoptado por el órgano administrativo siga teniendo validez jurídica en el tiempo. Sin embargo, no se puede pretender, hacer un “cambio temporal”, para aplicarlo a un caso en particular, y luego volver a adoptarlo, como en el caso del *defeasibility* en el derecho anglosajón.

En el derecho administrativo Argentino Juan Carlos Cassagne expone que: “Tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, el cambio de criterio ha de formularse de un modo general y no como criterio para decidir un caso concreto.”⁶⁰⁶ El fundamento claro está, se encuentra en la igualdad en la aplicación de la ley; puesto que no podría aplicarse forma diferente solo para el beneficio o para el perjuicio individual de un administrado.

La doctrina Española ha abonado esta consideración, uno de ellos es Garrido Falla, quien respecto a que la administración se separe lícitamente de su precedente, plantea de forma específica el supuesto que: “Si se trata de materias en las que actúa con poderes discrecionales, por entender que

⁶⁰⁵ Vid. SSCNS del proceso con ref. 48-2002, del 11/07/2003. “(...) lo que si supone es que en aquellos casos en que se trate de forma distinta dos situaciones entre las que exista una identidad sustancial, esta diferencia debe estar suficientemente razonada. De ahí, el deber del funcionario o la Administración Tributaria en este caso, de razonar todos los actos dictados que se separen del criterio seguido en actuaciones anteriores”

⁶⁰⁶ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I...*Ob Cit.*, p. 172. El autor explica que el cambio de criterio no puede ser individualizado, sino de forma general.

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.”⁶⁰⁷

Para el caso del El Salvador, la SCAS hace mención de los requisitos que se han de cumplir para poder considerar a un acto violatorio al principio de igualdad en la aplicación de la ley, la cual expresó: “Debe precisarse que la violación al principio de igualdad en la aplicación de la ley es un concepto relacional que requiere de la presencia de dos elementos esenciales: por una lado, un término válido de comparación que ponga de manifiesto la identidad sustancial de los supuestos o situaciones determinadas y, por el otro, que se haya puesto de manifiesto un criterio inmotivado o con una motivación *intuitio personae* en la aplicación de la norma.”⁶⁰⁸

La interrogante más grande es ¿Cómo se ha de poder establecer este hecho? Si frente a la prohibición de una aplicación *intuitio personae*, se encuentra la consideración de cada caso en particular al resolver que debe realizar la administración pública. Puede determinarse, cuando el criterio aplicado expone motivos relevantes, como una interpretación normativa, la declaración de ilegalidad del precedente, la existencia de un interés público o la adición o cambio normativo; en estos casos el criterio relevante, sirve para

⁶⁰⁷ Citado por DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. N°. 5, segunda temporada. Montevideo. 2010., p. 56.

⁶⁰⁸ *SSCAS del proceso con ref. 102-E-2003, del 19/01/2006*. En el caso de la sentencia, la parte actora ha demandado en un proceso contencioso administrativo, a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones por la emisión de los siguientes actos: 1) resolución número T-257-2003, (...) la cual se revoca la concesión otorgada a favor de la sociedad demandante para la explotación del espectro radioeléctrico para servicios de difusión televisiva (...) y, 2) resolución número 502-A-2003, dictada por la Junta de Directores de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (la Junta de Directores) el diez de julio de dos mil tres, en la que se confirma la resolución descrita en el número anterior. La actora de forma expuso que se vulneró el principio de igualdad en la aplicación de ley, porque alega que solo a su representada se le ha revocado la concesión y no a otras empresas que se encuentran en la misma calidad de no haber usado el espectro de comunicación por el periodo de ocho años.

diferenciar las situaciones, por lo tanto, si la consideración es sobre la estricta calidad del administrado, obviando lo anteriormente actuado por la administración a semejante situación, entonces se está frente a una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

23.2.1. La existencia de un interés público.

La administración pública al momento de dictar un acto administrativo, que se separe de la línea de sus precedentes, como se estableció anteriormente debe de motivarlo, pero esa motivación no solamente es establecer razones cualesquiera que permitan cambiar de criterio; y por tanto no considerar a un acto anterior cuando las circunstancias aparentemente cumplan con la identidad objetiva y subjetiva, sería producir un acto anulable, o susceptible de ser anulado, a menos que exista un interés superior al del administrado, es decir a la existencia de un interés público.⁶⁰⁹

El argumentar un cambio de criterio sobre la existencia de un precedente administrativo, por razones de interés público es válido pero no sencillo⁶¹⁰; el problema es determinar, qué ha de entenderse por interés público; sin embargo existe un criterio formal para determinar un interés público, el cual establece que será determinado por el legislador y el

⁶⁰⁹ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 99. “Por lo que se refiere a la Administración, para que juegue el precedente, además de la identidad subjetiva, que aquí sí es necesaria, se precisa que *el interés público permita resolver otra vez*, de la misma forma que en el caso anterior.” Se advierte que el texto que aparece en cursiva no aparece en el texto original.

⁶¹⁰ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*”...*Ob Cit.*, p. 6. El autor expone que el precedente puede ser modificado de forma válida: “(...) cuando la administración considere, por diversas circunstancias, que el interés público no permite dar un trato igual al administrado en un caso idéntico y, precisamente, aquí es donde se presenta el debate jurídico en una controversia entre el administrado y la administración (...)”.

constituyente⁶¹¹; valorado por la administración⁶¹²; al momento de establecer que se separa del precedente.

En el derecho administrativo salvadoreño, la jerarquía de interés público sobre el interés privado se encuentra establecido en el inc.2º del art. 246 de la Cn., que literalmente expone: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.”⁶¹³ El interés público, es superior al interés del administrado, por lo que en determinado caso se puede establecer que el seguir el precedente anterior pondría en riesgo el interés público, lo que es motivo válido para excepcionar la aplicación del principio de igualdad, siempre y cuando exista la posibilidad de vulnerar los intereses comunes.⁶¹⁴

El interés público, no solo habilita el cambio de criterio sino que crea a la administración una obligación, en los términos de Guisande quien entiende que: “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.”⁶¹⁵. De ahí que más allá de ser un motivo válido del cambio de

⁶¹¹ Vid. ALONSO MÁZ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas...Ob Cit.*, p. 85. El autor expone que el criterio más utilizado es el formal y citándolo expresó que: “Esta dificultad es la que nos lleva a considerar que la expresión interés público, si bien no puede reflejar cualquier valor, puede considerarse básicamente formal: un interés será público cuando así lo haya calificado el Legislador o el Constituyente.”

⁶¹² Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 100. “La Administración debe respetar el principio de igualdad, pero, al mismo tiempo, procurar primordialmente el interés público, y éste a ella le corresponde estimarlo”

⁶¹³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

⁶¹⁴ Vid. ARROUY, Pedro Luis. *Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo...* Ob Cit., p. 20. “El culto absoluto a la igualdad resultaría, en ocasiones, perjudicial para la comunidad, y no porque se postergue al administrado, sino porque hay que jerarquizar y escalonar armónicamente sus derechos con la exigencias del bien común.”; también Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 100.

⁶¹⁵ Citado por DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 58.

precedente, por la confrontación del interés particular con el interés público, esta situación, hace que la administración no sólo *pueda*, sino que *deba* de cambiar el precedente administrativo.

La simple alusión de la administración sobre un trato desigual frente al interés público no es suficiente, al contrario, la administración pública deberá de motivar, justificar y razonar la no aplicación del precedente administrativo; la razón se encuentra que este motivo puede considerarse como subjetivo por parte de la administración.⁶¹⁶

Y más que solo argumentar, deberá la administración pública probar la existencia del interés público⁶¹⁷ alegado; la justificación, es que si frente a los principios constitucionales se antepone el interés público, esta excepcionalidad de la aplicación de los principios constitucionales no ha de presumirse sino que debe de existir, para de esa forma evitar que el acto emitido adolezca de ilegalidad frente al respeto de los principios constitucionales.

23.2.2. La ilegalidad del precedente.

Como regla general, todos los actos de la administración gozan de la presunción de legalidad⁶¹⁸, por estar sometidas todas las facultades de la

⁶¹⁶ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*”...*Ob Cit.*, p. 6. “La subjetividad del abandono de la aplicación del precedente administrativo puede dejar un mal momento al administrado, sin embargo, la valoración del abandono no lo es del todo, ya que la administración debe fundamentar –si es que existe–, pero más bien motivar, justificar y razonar por qué el interés público no permite dar un trato igual al administrado en un caso idéntico, lo que el juzgador, en una controversia jurisdiccional, deberá tomar en cuenta para emitir su fallo (...)”.

⁶¹⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 23. “Por ello, cuando la Administración se aparta de estos principios, tiene la carga de probar que existe un interés público que así lo justifica. En otras palabras, el interés público contrario a los principios generales del Derecho no se presume. Así lo exige la lógica del Estado de Derecho.”

⁶¹⁸ Vid. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez. Instituto de Investigaciones Jurídicas*...*Ob Cit.*, p. 111. “(...) partiendo del hecho de la total sumisión

administración a la ley, esta presunción de legalidad es destruida cuando mediante los recursos administrativos y mediante el control jurisdiccional, declaran ilegal el acto, por pretender modificar algún derecho reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional o secundario.

Existe una regla determinada que establece que: “El precedente ilegal no vincula, puesto que el principio de igualdad juega tan sólo dentro de la legalidad”; y que “el precedente ilegal no justifica la impunidad ni excluye la antijuridicidad”⁶¹⁹ por ello que el precedente que se pretende alegar como parámetro de desigualdad, debe ser legal, pero dicha ilegalidad puede ser declarada en el momento de motivar el cambio de precedente.

En materia sancionatoria, si la pretensión es establecer que existe desigualdad al aplicar una sanción, y se pretende impugnar la sanción con el argumento de que la Administración no ha enjuiciado ni sancionado, o lo ha hecho más levemente que a él, que a otros sujetos que habían cometido la misma infracción, la ilegalidad de estas omisiones no obligan a la administración a seguir con la ilegalidad.⁶²⁰

de la administración a las normas previas que regulen su actuación, lo mismo que la proyección de las mismas a la expedición de los actos administrativos, la doctrina moderna ha venido sosteniendo el denominado principio de la "presunción de la legalidad de los actos administrativos", lo cual no es más que una prolongación de la legalidad al mundo de la eficacia del acto.”; *Vid.* ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Tratado general de procedimiento administrativo*. 1ª Edición. Ediciones Depalma, Argentina, 1975., pp. 65. Expone que todos los actos administrativos se encuentran conforme a derecho por lo que literalmente expresa que todo acto administrativo “Se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto”.

⁶¹⁹ *Vid.* STSE. *Sentencia de 20 de febrero de 1991*. De esta forma el precedente ilegal no puede ser una excepción del principio de legalidad administrativo.

⁶²⁰ *Vid.* LORA, Alejandro Huergo. “*La Desigualdad en la Aplicación de Potestades Administrativas de Gravamen: Remedios Jurídicos*”...*Ob Cit.*, p. 192. “Se puede pensar que cuando el sujeto pretende la anulación de la sanción debido a la falta de imposición de ésta en supuestos anteriores, está afirmando que la Administración puede perder una potestad por falta de ejercicio. Sin embargo, las potestades administrativas son imprescriptibles.”

En este punto, existe la posibilidad de pensar que, la no aplicación de una potestad administrativa, es sinónimo de pérdida de la misma; sin embargo las potestades administrativas como bien lo expone Pastor Santamaría, tienen el carácter de ser imprescriptibles⁶²¹ por tanto el dejar de aplicar una potestad administrativa, es una clara manifestación de arbitrariedad del funcionario en los casos que debe aplicarlo, lo cual no solo tiene como consecuencia la ilegalidad del acto, sino también puede acarrear responsabilidad personal al funcionario público.⁶²²

La importancia sobre la legalidad del precedente administrativo se encuentra que para que los efectos vinculantes puedan ser aplicados a la administración, debe de ser legal el precedente, porque no se puede partir de una ilegalidad para darle legalidad a un acto⁶²³; por lo tanto no se puede considerar arbitrario o discriminatorio⁶²⁴, el no aplicar un precedente ilegal, al momento de invocar dicho precedente, bajo el argumento que existe una identidad objetiva y subjetiva y que existe un pronunciamiento que prueba la existencia de dicho precedente.

Por lo tanto la existencia de un ilegalidad del precedente, es motivo válido para separarse del mismo, y bastará que en su argumentación la administración no solo alegue tal ilegalidad, sino que con su función

⁶²¹ Vid. PASTOR, Santamaría. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. 1º reimpresión de la primera edición. Editorial CEURA, Madrid, 1991. p., 880. “Las potestades no pueden adquirirse por prescripción (sólo por atribución normativa); ni tampoco extinguirse por el mismo procedimiento, aunque sí puede prescribir o incurrir en caducidad su posibilidad de ejercicio en casos concretos (p. ej., prescripción de las infracciones administrativas; imposibilidad de revisión de oficio de los actos anulables una vez transcurridos cuatro años desde que fueron dictados, art. 110.2 LPA)”.

⁶²² La responsabilidad en este caso puede ser civil, administrativa e incluso penal.

⁶²³ Vid. *STSE del 4 de junio del 2012*. “(...) el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”; Vid. *STCE 43/1982 del 6 de junio de 1982*; *STCE 51/1985, de 10 de abril de 1985*; y *STCE 181/2006, de 19 de junio del 2006*.

⁶²⁴ Vid. CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. “*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa*”...*Ob Cit.*, p. 156. El autor sobre este punto expone que: “si las decisiones administrativas anteriores son ilegales o antijurídicas no habilita a la administración a repetir el mismo error y, por lo tanto, al no seguir el precedente, no se está discriminando (...)”.

interpretativa, lo cambie a efecto de establecer un criterio válido de aplicación de la ley.

24. LA NEGACIÓN DE LA VINCULATORIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN AL RESPETO DEL PRECEDENTE.

Hasta este punto se ha establecido las razones en las que descansa la idea que el precedente administrativo es vinculante para administración pública; sin embargo, existen criterios que la jurisprudencia Española ha establecido de forma tajante para determinar la carencia de vinculatoriedad de los precedentes, esto criterios se derivan principalmente del análisis de la legalidad administrativa, y pretenden establecer que la administración pública no deja de someterse a la ley.

No obstante que los tribunales y jueces rechacen los argumentos que versan sobre la vulneración del precedente⁶²⁵, no se debe de separar la idea central que el precedente es una manifestación de protección de los principios de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad.

Lo anterior no debe de entenderse como una excepción al principio de legalidad administrativa, ya que no se puede hablar de igualdad o desigualdad en una ilegalidad, porque entonces se deformaría la razón de ser del sistema jurídico administrativo. De ahí que la legalidad sea el primer tipo de argumento utilizado por los órganos jurisdiccionales para establecer la carencia de vinculación de los precedentes a la administración pública; sin perjuicio de la valoración del cumplimiento de los requisitos para su validez.

La problemática que posee el precedente administrativo frente al principio de legalidad, se deriva principalmente de la vinculación que se hace

⁶²⁵ Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...* Ob Cit. pp. 46-47. “puede decirse que jueces y tribunales se sienten incomodos ante los argumentos de los particulares basados en la invocación de un precedente administrativo, lo que conduce habitualmente a su rechazo.”

del precedente administrativo en el derecho continental con la costumbre; así como la vinculación jurídica normativa del precedente administrativo del sistema anglosajón, tiene como producto la “virtual” consideración del precedente administrativo como una fuente de derecho.⁶²⁶

Sin embargo los requisitos para su utilización, tienen una doble finalidad, por una parte exponen los elementos necesarios para que un acto anterior sea utilizado como precedente administrativo, así como para establecer que el no cumplimiento de los mismos, son los argumentos necesarios para negar toda aplicación al caso concreto. Esta es la razón para ser incluidos dentro de los criterios para negar la vinculación del precedente administrativo, que es cuando no se hayan cumplido sus requisitos.

De tal formar, se tendrían como argumentos para la no vinculación al precedente: que el precedente es ilegal⁶²⁷; la aplicación en las potestades regladas⁶²⁸; la falta de prueba del precedente invocado⁶²⁹; la inexistencia de una identidad objetiva⁶³⁰; la exigencia de una sanción judicial⁶³¹, cuyo

⁶²⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamento y Eficacia Vinculante*. Madrid, Marcial Pons, 2008., p. 48. La autora plantea esta situación problemática de la jurisprudencia española, en la que existen en ocasiones contradicciones sobre el pronunciamiento sobre si es o no fuente de derecho en España.

⁶²⁷ Vid. *STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005*. Expresó que: “(...) el precedente administrativo no está por encima del principio de legalidad que sujeta a la Administración, toda vez que si se admitiera la vinculación del precedente, si éste no se ajusta a la Ley, pondría a aquél por encima de ésta.”

⁶²⁸ Vid. *STSJ de Canarias del 30 de septiembre del 2005*. Como es costumbre en los procesos de inscripción de marcas, este argumento es el más utilizado: “la concesión por el Registro de la Propiedad Industrial de una marca o su denegación no es una actividad discrecional, sino reglada, en la que no puede entrar en juego el precedente administrativo, con la consiguiente prevalencia del principio de legalidad sobre el de igualdad, precedente que no vincula al Registro, que al igual que los Tribunales queda sujeto al principio de legalidad, y que en todo caso la igualdad sólo puede prevalecer dentro de la legalidad y no en contra de ésta.”

⁶²⁹ Vid. *STSJ de Castilla y León, de 31 de enero de 2006*. Sobre la existencia del precedente administrativo expuso que: “quien afirma la separación injustificada del precedente administrativo debe probar no sólo que el gasto rechazado ha sido admitido con anterioridad, lo que ha sido realizado por medio de prueba documental, sino también que esa decisión administrativa se produjo en el seno de una ayuda de la misma naturaleza y sujeta a las mismas condiciones, actividad probatoria que la parte no ha llevado a cabo en este proceso.”

⁶³⁰ Vid. *STSJ de Madrid, del 5 de noviembre de 2006*. El cual se refiere a la homologación de títulos universitarios. La parte recurrente invoca la existencia de supuestos semejantes en los que se homologó

análisis sería redundante por lo que se hace una remisión a los temas analizados.

Pero existe un argumento que merece atención, puesto que es el principal argumento utilizado por la doctrina y la jurisprudencia para negar la vinculación al precedente administrativo, y es que *el precedente administrativo solo vincula a la administración frente a ella misma, pero no puede vincular a los órganos jurisdiccionales.*⁶³²

Cuando el acto administrativo es sometido a control judicial, el juez no está vinculado al precedente administrativo, en el caso de El Salvador, el juez solamente está vinculado a la Constitución y a las leyes de la República, y es el Art. 172 inc. 3° Cn. que establece que:

“Los Magistrados y Jueces en el referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.”⁶³³ En contraste, el intento que el precedente administrativo vincule al juez en su función jurisdiccional desde un inicio encuentra una barrera de carácter constitucional.

un título, por lo que al analizar sobre la idoneidad para establecer un juicio de semejanza estimó que: “(...) en cuanto a la alegación de la vulneración del principio de igualdad invocando supuestos en que se ha concedido la homologación, la Sala entiende que no ha quedado acreditado que el caso invocado supuesto presente una identidad de situación en relación con la actora para lo cual hubiera sido preciso, que fuera expedido igual título en Igual Universidad y con igual programa por lo que no se puede considerar termino válido de comparación.”

⁶³¹ Vid. STCE 50/1986, de 23 de abril. El cual establece que “el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la ley (...) sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la doctrina del precedente administrativo no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que garantiza la Constitución es la igualdad en la ley.”

⁶³² Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*”...*Ob Cit.*, p. 7. “la aplicación del precedente administrativo no vincula al juez o al tribunal en una contienda judicial sino sólo a la administración, ya que la actuación del juzgador se rige bajo otra normatividad diversa a la formación del precedente (...)”

⁶³³ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

En el derecho Español el TSE se ha pronunciado en diversas sentencias, las cuales expresan una independencia de criterio entre la administración y los órganos jurisdiccionales. Así en la sentencia del 23 de abril del 2012, la parte actora para fundamentar su pretensión, hace referencia a diversas resoluciones, que constituyen precedentes administrativos; sin embargo el Tribunal Supremo, para desestimar la pretensión hace referencia a que:

“En cuanto al criterio de la Dirección General de los Registros, debemos señalar que constituye simplemente un precedente administrativo que no vincula jurídicamente a la propia Administración y tampoco a este Tribunal de Justicia en su función jurisdiccional de aplicar el Derecho al caso controvertido, correspondiendo a esta Sala de Justicia resolver en Derecho con independencia del criterio seguido por un órgano de la Administración.”⁶³⁴ Como puede advertirse, en tal argumento solo hace alusión a la falta de vinculación del precedente administrativo frente al órgano jurisdiccional, sin ningún otro argumento.

De la misma forma, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en una sentencia en la que resuelve la inscripción de una marca expone que: (...) la denegación por el Registro de una resolución anterior de una marca solicitada por la actora en la clase (...) como tal precedente administrativo, no vincula a esta Sala (...)”⁶³⁵ El argumento utilizado siempre es el mismo, limitándose a simplemente declarar su falta de vinculación al precedente, sin hacer alusión a ningún otro efecto jurídico que pudiera tener.⁶³⁶

⁶³⁴ Vid. *STSE del 23 de abril del 2012*. La sentencia hace énfasis que el criterio judicial es independiente de cualquier criterio establecido en un precedente administrativo.

⁶³⁵ Vid. *STSJ de Madrid de 30 de marzo del año 2005*; Vid. *STSJ de Cataluña de 19 de abril del 2005*.

⁶³⁶ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo... Ob Cit.*, p. 48. “Ante la falta de certeza sobre su naturaleza, e incluso ante la constatación de su carencia de fuerza vinculante, los órganos judiciales reaccionan negándole de plano cualquier relevancia jurídica. Esto significa que la única consideración que realiza el órgano judicial con respecto al precedente administrativo invocado se

Este dilema sobre su vinculación jurisdiccional, puede ser superada en la medida que se deja de lado la idea que el precedente administrativo es una fuente de derecho y se traslade al ámbito de la aplicación de la ley; sin perjuicio de la jerarquía de la ley frente al precedente, no debe restar importancia al elemento fáctico que conforma al precedente, ya que el precedente administrativo configura una garantía del respeto de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad.

En El Salvador la SCAS, ha establecido de forma clara que la vinculación: “(...) aquella actuación de la Administración que, *de algún modo, vincula en lo sucesivo sus actuaciones* en cuanto a fundamentar sus resoluciones en contenidos similares para casos semejantes (...)”⁶³⁷ En esta aproximación jurisprudencial, se limita a establecer que el precedente administrativo de *alguna forma vincula* a la administración; la vinculación se reduce entonces a una labor argumentativa de la administración pública.

Esta vinculación a la que hace referencia el precedente administrativo, es en primer lugar hacia la administración, y en segundo lugar crea una carga argumentativa a la administración; por tanto cuando quiera separarse del criterio sostenido, o cuando pretenda quebrantar la continuidad del mismo, la administración deberá de fundamentar el cambio, y por consecuencia no obliga a resolver conforme al precedente, y mucho menos resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales, porque su finalidad se restringe a verificar que el acto sea legal y no a calificar la aplicación de la

limita exclusivamente a reafirmar que no tiene carácter vinculante, sin entrar a valorar la posibilidad de que pueda desplegar algún otro tipo de efectos.”

⁶³⁷ Vid. SSCAS del proceso ref. 288-A-2003, del 15/11/2004. Se hace la aclaración que el texto que aparece en cursiva, no es parte del texto original. Vid. SSCNS ref. 741-2002, del 11/07/2003; SSCNS ref. 948-2002, del 11/07/2003; SSCNS ref. 245-2000, del 30/11/2001.

facultad conferida a la administración, porque esto se consideraría una extralimitación en el ejercicio de la función jurisdiccional.⁶³⁸

25. ¿REITERACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO?

Un aspecto que no se debe de dejar sin mencionar es la de establecer, a partir de cuantos actos puede quedar establecido un precedente administrativo; podrá ser a partir de dos actos consecutivos o podría ser a partir de algún número mayor o será a partir de un único y singular acto, que puede tener la fuerza vinculante suficiente para crear un precedente administrativo. También es importante tener en claro, a partir de cuantos actos contrarios, debe de estimarse desaparecida la vinculación del precedente con la administración pública.

Para formar a un precedente administrativo, simplemente basta con la aplicación de la ley en un caso concreto; sin embargo para que este tenga el grado de vinculatoriedad reconocido por la doctrina, ¿será necesaria la concurrencia de más actos? El planteamiento de una pluralidad de actos para crear un precedente, se deriva del sincretismo entre la costumbre y el precedente administrativo⁶³⁹; así como también entre la práctica y el precedente.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Vid. BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*. 1º Edición. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales. España, 1997., pp. 104-105. “particular, no está el juez ordinario legitimado para extralimitarse en el control del ejercicio de una potestad discrecional como única forma de corregir, en sede aplicativa, una atribución legal de discrecionalidad que él estime excesiva y aun inconstitucional (en tanto vulneradora, por ejemplo, de los principios constitucionales)”.

⁶³⁹ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 78. “Aunque no hay opinión unánime respecto al número necesario de repeticiones de un acto para producir la costumbre, ni tampoco para el precedente, la costumbre requiere, junto con la reiteración de los actos, cierta antigüedad (...)”.

⁶⁴⁰ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 54. “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.”

Esta situación se observa en la concepción de precedente administrativo estudiada por Ortiz Díaz, quien expuso que para constituirse el precedente administrativo se necesitaba de al menos dos decisiones⁶⁴¹; de ahí que el llamado requisito de reiteración ha sido relacionado con el precedente administrativo.

Como critica a lo anterior; en primer lugar, ha de tenerse en cuenta, tanto los criterios de reiteración; como también el criterio del sujeto de procedencia, para diferenciar si se está frente a una costumbre o frente a un precedente; y en segundo lugar, se tiene que la costumbre al ser un derecho no escrito y el precedente administrativo tiene a la escrituralidad como característica general⁶⁴², replanteamos la solución al establecer que bastara con un único acto, el que pueda crear un precedente administrativo, sin importar el tiempo de intervalo entre el acto emitido y el posterior, siempre y cuando sean semejantes y se refieran a situaciones semejantes.⁶⁴³

⁶⁴¹ Vid. ARROUY, Pedro Luis. "Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno" en Revista electrónica Cartapacio de Derecho, vol. 16, Argentina, 2006., p. 18. Citando a Ortiz Díaz, quien define al precedente como: "**la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones**, al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el administrador entre supuestos idénticos, excepto los casos en que las razones de oportunidad y conveniencia derivadas de las valoraciones de interés público exigen trato discrecional de los administrados ante la administración" se advierte las palabras que aparecen en negritas no forma parte del texto original, y se han agregado con la finalidad de hacer énfasis en la idea.

⁶⁴² Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. "¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?"...*Ob cit.*, pp. 409-410. "Se ha señalado también como criterio de distinción que el precedente es siempre una disposición escrita, mientras que la costumbre es una norma no escrita. Este criterio, sin embargo no parece definitivo, pues el precedente surge, a nuestro juicio, de la simple toma de una decisión por parte de la Administración, no de su constancia por escrito. Debe destacarse al respecto, que la LRJAPPC no exige la escritura como elemento consustancial al acto administrativo, aunque lo normal, ciertamente, es la forma escrita."

⁶⁴³ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. "El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?" en Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, año IV. N° 9. México. 2012., p. 4. El autor entiende sostiene que en la creación del precedente administrativo, no se necesita de una pluralidad de actos, es más expone que tampoco el factor tiempo tiene que intervenir para la concreción del precedente administrativo, por lo que citándolo de forma textual expone que: "para que aplique el precedente administrativo no se debe tomar en cuenta el factor tiempo ni el número actos o reiteraciones del acto o resolución, pues basta sólo uno para tal efecto".

Con respecto a la postura de Ortiz Díaz, el precedente administrativo ha venido evolucionando, y se ha concretizado que para que exista un precedente administrativo bastara la existencia de un solo acto decisorio; es así como Rodolfo Carlos Barra expone lo innecesario de la pluralidad de actos, pero reconoce que una pluralidad de actos fortalece la argumentación de la administración, y citando textualmente expresó que:

“(…) 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.”⁶⁴⁴

En la misma línea de ideas, es que los autores García de Enterría y Fernández Rodríguez indicaron que: “*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.”⁶⁴⁵; esta reiteración, a la que se refieren, no supone el origen del precedente administrativo, sin embargo, el elemento de reiteración lo observan como requisito para su vinculatoriedad es decir, aceptan la existencia de un precedente, sin embargo la consideración de un “precedente administrativo reiterado”, es para fines de comparación, puesto que el precedente solo

⁶⁴⁴ Vid. BARRA, Rodolfo Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1º Edición, Editorial Abaco. Buenos Aires, 1998., p. 666; Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 54.

⁶⁴⁵ Vid. GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*...*Ob Cit.*, p. 67. El texto que aparece en cursiva no forma parte del texto original; además Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 55.

actúa frente a otro acto con identidad objetiva y subjetiva, al que conforma al precedente administrativo.

Las razones de que sustentan la singularidad de un acto para constituir a un precedente, se encuentra en criterios cualitativos y no cuantitativos⁶⁴⁶; no se debe de olvidar que un acto administrativo decisorio debe de tener en consideración todos los elementos formales y materiales para su pronunciamiento, y sumado esto que todo acto administrativo posee una presunción de legalidad, esta legalidad está subordinada entonces a los principios constitucionales de igualdad, seguridad y prohibición de la arbitrariedad.

Por lo anterior, se hace énfasis en establecer que solo será un único acto, el que constituya o cambie un precedente administrativo; esta es la razón por la que cualquier cambio de precedente administrativo debe de ser controlado por los administrados, a través de los diversos recursos administrativos y demás vías jurisdiccionales, para asegurar que no exista arbitrariedad y abuso de poder de la administración pública.

⁶⁴⁶ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 78. “El precedente no se basa en la mayor o menor reiteración idéntica o análoga de las resoluciones de la Administración.”

CAPÍTULO VI:

EL CAMBIO DEL PRECEDENTE Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU APLICACIÓN.

26. EL CAMBIO DEL PRECEDENTE Y SU VULNERACIÓN INJUSTIFICADA.

Este punto es de vital importancia, porque entre el cambio de precedente y su vulneración injustificada, existe una pequeña línea determinada por la técnica argumentativa utilizada por la administración pública⁶⁴⁷; tanto para cumplir con el requisito de validez de todo acto administrativo; así como para lograr una robusta argumentación que logre revestir de legitimidad el cambio del precedente administrativo.

Estos requisitos para el cambio del precedente se relacionan íntimamente con los requisitos para desvincular a un precedente de la administración; sin embargo, mientras estos últimos pretende cuestionar los elementos necesarios para considerar vinculante a un precedente; hablar de un cambio de precedente, es aceptar la premisa que ante una precedente administrativo válido, este se puede modificar o sustituir de forma legítima siempre y cuando concurren algunos elementos esenciales.

Sin embargo, el cambio de precedente también toma como fundamento el interés público, la ilegalidad del precedente, la aplicación del forma general del precedente y la existencia de una motivación justificada; como criterios validos del cambio del mismo, sin embargo más allá de la simple concurrencia de estos criterios, existen elementos que sumados a los

⁶⁴⁷ *Nota:* la dificultad que se presenta es en determinar en qué momento se está frente a un cambio de criterio, una modificación o una vulneración injustificada; aunque la motivación sea el eslabón de esta cadena, no se puede negar que entre un cambio de criterio o modificación existen ciertos elementos que los hace diferentes.

anteriores justifican la modificación o derogación de un precedente ya establecido.

Por ejemplo, un acto que se separe del precedente o lo modifique, puede exponer sus motivos pero, esto no es garantía que dicho cambio sea justificado. El precedente administrativo, en su estructura, crea una *regla inercia*, que es el elemento de brinda seguridad a los administrados sobre su aplicación, a consecuencia del *principio de universalidad*, que pretende asegurar la igualdad en la aplicación de la ley a través del precedente.

Pero esta inercia, que genera seguridad jurídica en los administrados, no siempre será válida; una de las razones más comprensibles es el cambio normativo o incluso el cambio de las políticas públicas⁶⁴⁸; de ahí la existencia de un criterio sostenido por la administración pública, no es limitante para su posterior modificación, siempre y cuando exista una justificación razonable.⁶⁴⁹

La labor de los órganos de aplicación del Derecho sean órganos jurisdiccionales u órganos administrativos se enfrente cotidianamente a aquello que doctrinariamente se conoce como *indeterminación normativa*⁶⁵⁰,

⁶⁴⁸ Vid. ARROUY, Pedro Luis. "Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo..." *Ob Cit.*, p. 20. "Las necesidades sociales mutan, cambian y con ellas las políticas públicas que lleva adelante el Estado para satisfacerlas. Nadie puede negar eso, ahora lo que se le requiere a la administración es que a mayor viraje en su actuar, mayor sea la motivación de éste, mayor sea la argumentación de sus razones y más sólidos los argumentos que llevan a poner en crisis el principio de igualdad y por tanto mayores los controles jurisdiccionales que se puedan hacer sobre su obrar."

⁶⁴⁹ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 226. "(...) el principio de inercia no significa que todo lo que es deba permanecer modificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada."

⁶⁵⁰ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 1º Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2005., p. 100. "La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serle atribuidos (...) La indeterminación que caracteriza a las disposiciones jurídicas es una especie de indeterminación semántica que se denomina indeterminación normativa. Esta denominación se debe a que las disposiciones jurídicas son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos (...) La indeterminación normativa se presenta cada

esto se relaciona las facultades discrecionales, en tanto estas permiten una libertad de opción entre las posibilidades que la norma permite, siendo todas legalmente validas; así como también el los llamados conceptos jurídicos indeterminados, como alcance y significado debe de ser establecido al momento de resolver.

La existencia de diferentes interpretaciones, *no significa que una de ellas es falsa o incorrecta*; al contrario cuando un precedente administrativo modifica uno anterior, por su *carácter argumentativo* el nuevo criterio justificado razonablemente se considera que aporta mayores niveles de seguridad en su fundamentación; en otras palabras, con la argumentación del acto administrativo, se exterioriza la denominada *pretensión de corrección*, es decir la pretensión de ser entendida por todos los destinatarios como una expresión jurídica válida, lógica y coherente con el ordenamiento normativo que se aplica.⁶⁵¹

Así por ejemplo en España el TSE, en su jurisprudencia al referirse sobre la labor judicial que expone que: “(...) no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la ley) y en definitiva por la Constitución. De ahí la posibilidad del cambio en las decisiones.”⁶⁵²

vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer a priori —o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico— si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición.”

⁶⁵¹ Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. S. E. Palestra Editores, Lima, 2008., p. 297. “La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado (...)”

⁶⁵² Vid. SSTCE 120/97 del 10 de julio. Establece de forma clara que el cambio en las decisiones de un juez están determinadas por la labor “reflexiva” de aplicar el derecho frente a los hechos y que de ninguna forma la aplicación del derecho es automática.

La pretensión de corrección, se puede realizar mediante la observancia de ciertas circunstancias que son propias del sistema jurídico; o que son producto de los cambios en las situación fáctica a raíz del transcurso del tiempo; por eso existen dos razones para poder cambiar el precedente de forma valida, y son la razón de temporalidad y la razón de correcta interpretación normativa.

26.1. Razón de Temporalidad.

Sin embargo esta pretensión de corrección, no es absoluta porque el factor tiempo, es determinante por la naturaleza cambiante del derecho⁶⁵³; en otras palabras la labor de los órganos que aplican el derecho, no es pueden ignorar el factor temporal de los hechos, porque los supuestos normativos de la ley, están matizados por la realidad material de los administrados; por tanto el cambio de criterio no está en contra de la seguridad jurídica y de la igualdad, si existen elementos que lejos de justificar a la administración el cambio de criterio; estas circunstancias obliguen el cambio, para que puedan ser validos en la realidad jurídica de la sociedad.

La actualización de criterio, que al igual de su cambio, se consideran el elemento de temporalidad como principal argumento; ejemplo es esto es la sentencia definitiva de la SCAS del veintiocho de julio de dos mil diez, con ref. 197-2008, expresó:

“Así pues, se determina que las decisiones parámetro de comparación fueron emitidas el veintiséis de noviembre de dos mil tres y el treinta de

⁶⁵³ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 227. Citando a Karl Larenz, expone que: “En el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base.”

marzo de dos mil cuatro, es decir que son anteriores al acto cuestionado, existiendo entre éste y tales resoluciones al menos cuatro años de separación. De ahí que sea posible colegir que, tal espacio temporal sea la justificación de que el sentido de las interpretaciones hechas por la Administración seas divergentes. En otras palabras, no es obligatorio que la autoridad demandada mantenga un mismo criterio durante largos períodos de tiempo, ella está facultada para cambiar su postura respecto de los asuntos de su competencia, pero siempre debe existir una motivación legítima para tal cambio de criterio.”⁶⁵⁴

Esta simple alusión a la existencia del factor temporal no resulta del todo justificada en tanto un precedente adquiere mayor fuerza vinculante con el tiempo⁶⁵⁵, porque no expone la diferencia entre las circunstancias de hecho ni mucho menos de derecho, por las que se ha considerado un cambio de criterio valido; el carácter temporal si bien puede ser justificado en la medida que entre un acto y otro ha existido un cambio normativo ya sea derogatorio expreso o tácito; o por la el cambio interpretativo; así como

⁶⁵⁴ Vid. SSCAS, ref.197-2008, del 28 /07/2010. El Actor solicitaba la devolución de los excedentes del impuesto sobre la renta, de los años 2003, 2004 y 2006, haciendo alusión que el gozaba de exención de impuestos por ser pagados a través de un préstamo otorgado al (MAG) Ministerio de Agricultura y Ganadería a través del (BID) Banco Interamericano de Desarrollo, ya que este último goza de exención fiscal en el contrato del actor el MAG solo serviría como ejecutor de la obra financiado por el BID de ahí que el actor consideraba que gozaba de exención fiscal; y alego resoluciones anteriores del año 2003 en las que se otorgó dicha exención, sin embargo la solicitud hecha por el en el año 2008, es desfavorable ya que al argumentar la Sala, expuso que a partir dela sentencia del 8 de julio del 2004, pronunciada por la misma sala bajo la ref. 51-O-2002, se había establecido que las consultorías pagadas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería no estaban sujetas a la exención prevista en el Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo (Privilegios e inmunidades para el personal del Banco en El Salvador), a pesar que los fondos con que éstas se saldaban fueran provenientes de un Préstamo otorgado por el BID.

⁶⁵⁵ Vid. SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes...Ob Cit.*, p. 231. “el respeto acordado a decisiones anteriores se incrementa, antes que decrece, con su antigüedad”

también por mutación de lo que ha de entenderse como interés público⁶⁵⁶; entonces ahí sí puede ser válida la circunstancia de temporalidad.⁶⁵⁷

El criterio de temporalidad afecta la aplicación del precedente administrativo, en la medida que las circunstancias han cambiado, esto genera un fenómeno llamado *decaimiento del precedente*⁶⁵⁸, en el cual el precedente se ha extinguido y no se puede aplicar o invocar. Por tanto el precedente pierde su efectividad y esta es una de las razones por las cuales el factor temporal de las circunstancias jurídicas o fácticas, hacen posible la modificación del precedente administrativo.

Un caso muy difícil de identificar, pero sin embargo es importante mencionar, es en el caso que una facultad discrecional, se convierte en una facultad reglada⁶⁵⁹, esta es una probabilidad jurídica, no debe de ignorarse, porque por la naturaleza del derecho, es dinámica, por tanto si el legislador determina que una reforma legal se hace en relación a la forma de aplicar una facultad de la administración, y en lugar de dejar esa libertad optativa, determina de forma expresa la forma de aplicarla, en estos casos el precedente cambia en razón de temporalidad y en razón de cambio normativo, situación relacionada con la llamada corrección normativa, la cual de igual forma puede ser un motivo para el cambio del precedente.

⁶⁵⁶ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, pp. 100-101. “(...) en el transcurso curso del tiempo puede con más facilidad, alterar las circunstancias en que se encuentra la Administración y producir la mutación correlativa del interés público.”

⁶⁵⁷ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*”...*Ob Cit.*, p. 4. “para que aplique el precedente administrativo no se debe tomar en cuenta el factor tiempo ni el número actos o reiteraciones del acto o resolución, pues basta sólo uno para tal efecto.”

⁶⁵⁸ Vid. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 73. El autor hace un comentario, en el cual expone que 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”.

⁶⁵⁹ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*”...*Ob Cit.*, p. 6. “(...) es importante señalar que la administración puede apartarse de la aplicación del precedente administrativo cuando la norma se convierta del ejercicio de una facultad discrecional a facultad reglada, en cuyo supuesto pasamos a lo comentado en las facultades regladas.”

26.2. Razón de correcta Interpretación Normativa.

La pretensión de corrección, del precedente administrativo está relacionada estrechamente con la legalidad del precedente; sin embargo también es válido el cambio o modificación del precedente siempre y cuando el precedente sea considerado como “incorrecto” o de “interpretación defectuosa”.

Así que el TSE su sentencia del 4 de mayo de 1994, expresó que: “(...) La actividad que desarrolla la Administración (...) debe acomodarse al principio de legalidad y en la que, por tanto, no puede entrar en juego el precedente administrativo, pues una resolución que no se acomode a la legalidad no vincula a *la Administración que no está obligada a seguir dictando resolución ilegales*, sino más bien a procurar su anulación a través de los procedimiento de revisión de oficio.”⁶⁶⁰

La sentencia anterior, expone la falta de vinculación por razones de legalidad, son motivos de anulación incluso por la propia administración⁶⁶¹; es decir, que el precedente al ser un acto administrativo con una presunción de legalidad, ésta solo puede ser destruida a través de su declaratoria de nulidad, de ahí que al establecer como criterio la correcta interpretación normativa se han de considerar ciertas interrogantes.

⁶⁶⁰ Vid. STSE del 4 de mayo de 1994. La parte actora pretendía sustentar su pretensión en la vinculación de la administración a su precedente no obstante, la administración advirtió que el precedente no estaba ajustado a la legalidad, por lo tanto hace mención que no puede vincularse frente a un quebrantamiento de la legalidad administrativa.”

⁶⁶¹ Nota: para el caso de El salvador existe el proceso de lesividad regulado en el art. 8 de la LJCA que establece que: “Art. 8.- La Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público. Este acuerdo deberá ser emitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado. El acuerdo de lesividad será publicado en el Diario Oficial.”; vid. SSCAS del proceso con ref. 17-T-96, del 20/03/1997. Expone en su fundamento jurídico que: “la existencia de la vía de lesividad supone que para retirar un acto favorable del mundo jurídico, la Administración debe impugnarlo en sede contencioso administrativa, donde se discutirá su legalidad, previa declaratoria del carácter lesivo del acto.”

¿Es lo mismo el cambio del precedente por correcta interpretación, que por ilegalidad? Si se analiza con detenimiento, la correcta interpretación normativa, no está ligada completamente a la declaración de ilegalidad; por tanto, son motivos diferentes; en el caso de una ilegalidad, será necesario probar, que el precedente es ilegal, mediante la sentencia que declare su anulación y por consecuencia su desaparición del mundo jurídico.

En cambio cuando se habla de una correcta interpretación normativa, esta se puede dar, por la adición de un nuevo cuerpo normativo que modifica la interpretación y por consecuencia la aplicación de la ley; o por derogación de una la ley⁶⁶² por tanto en este caso como un hecho notorio, el cual no debe de comprobarse por la presunción de conocimiento de la ley, la administración puede separarse y al mismo tiempo establecer un cambio o modificación de su criterio en base a la modificación normativa.

27. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL JUDICIAL.

Es razonable que dentro del sistema de control del Estado, los actos emitidos por la administración, sean expuestos al órgano jurisdiccional, para su análisis de legalidad; sin embargo, en los casos que los actos administrativos sean producto de la aplicación de una facultad discrecional, el control jurisdiccional no se limita a la estricta legalidad, sino al respeto de

⁶⁶² *Vid.* CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.L. N° 634, del 15 de abril de 1952, publicado en el D.O. N° 77, Tomo 155, del 25 de abril de 1952. En su art. 50 establece que: “Art. 50.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial. La ley general no deroga la especial, si no se refiere a ella expresamente.”

otros principios constitucionales y cuya transgresión acarrea responsabilidad al funcionario que lo emite.⁶⁶³

El precedente administrativo, tiene la función de controlar la motivación por el cambio de criterio; por generar una regla de razonamiento que cumple dos funciones; la primera configura un límite la discrecionalidad administrativa, en cuanto se considera al precedente como un límite al cambio de criterio arbitrario lo que lleva a una congruencia administrativa⁶⁶⁴; y la segunda como un mecanismo de sometimiento de la administración a la legalidad⁶⁶⁵; que este cambio de criterio vulnera principios constitucionales como en el igualdad en la aplicación de la ley y el de seguridad jurídica.

En el derecho Español, el Tribunal Constitucional, estableció que si bien el precedente no puede tener el elemento de obligatoriedad, como para pretender “obligar” a la administración mantener el criterio anterior y mucho menos al órgano judicial; se establece que tanto la administración como el órgano judicial, están sujetos al control jurisdiccional, el cual pretende verificar los motivos del cambio y de esta forma controlar las desviaciones de la aplicación desigual de la ley. Así la STCE establece que:

⁶⁶³ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *“La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo”...Ob Cit.*, pp. 179 y 180. “El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales (...)”

⁶⁶⁴ Vid. CÁRDENAS GARCIA, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2005., p. 36. Literalmente expresa que: “Lo fundamental en todas las teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el derecho un sistema axiomático. El derecho no sólo se conforma por reglas si no por principios, directrices y argumentación. Esta nueva realidad obliga a los jueces y a las autoridades a comprometerse con el contexto normativo e histórico.”

⁶⁶⁵ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 538. “Es un instrumento para garantizar el sometimiento de la administración al derecho, expresado en los principios generales (igualdad, buena fe, seguridad jurídica) que conllevan a la congruencia administrativa.”

“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”⁶⁶⁶

Estas desviaciones a las que se refiere, se relacionan con la idea que el control judicial de la legalidad no solo ha de realizarse con el objetivo de establecer una ilegalidad del acto por estar contrario a la ley; sino que también ha de versar sobre si el acto administrativo constituye una desviación de poder o un abuso de poder por parte de la administración pública; situación que difiere del examen de legalidad, en cuanto se está ejerciendo una facultad otorgada por la ley, sin que esta aplicación sea considerada ilegal.

La vinculación entre el precedente administrativo y los principios generales del derecho, existe esa relación simbiótica porque uno es el fundamento del otro; o dicho de mejor forma, la argumentación que toma en cuenta al precedente administrativo, como forma de control a través de la aplicación de los principios constitucionales, es una manifestación material de dichos principios. La vinculación que posee el precedente administrativo no es una vinculación autónoma, es decir, lo que vincula no es precisamente el acto anterior al presente, sino la manifestación de los principios

⁶⁶⁶ Vid. STCE del 28 de mayo de 1997. El TSE hace énfasis en la función del control judicial, que busca identificar de alguna forma no solo la ilegalidad del acto por estar contrario a la ley sino por existir una desviación de poder, que la administración puede incurrir al aplicar una facultad de una forma diferente a su finalidad.

constitucionales son garantías de los administrados y límites de la administración pública.⁶⁶⁷

Por tanto el precedente administrativo, no está en contra del principio de legalidad, sino que con complementa; razonamiento que comparte el autor Julio Rodolfo Comadira, quien expresa que el precedente administrativo complementa al sistema jurídico, por tanto no está al margen de la legalidad sino que es expresión de la misma en los actos de la administración pública.⁶⁶⁸

El precedente administrativo como técnica de control de la legalidad de la administración, encarna una vinculación que trasciende del caso en concreto, esta idea promueve el análisis sobre la trascendencia de su ponderación dentro de la administración; y más sobre las consecuencias jurídicas de su desvalorización por parte de los tribunales tanto administrativos como jurisdiccionales.⁶⁶⁹

Entre la legalidad administrativa, y la concretización de las facultades de la administración, entra el precedente administrativo en el ámbito aplicativo de las mismas, creando lo denominado como *parámetro de vinculación*⁶⁷⁰; el cual genera confrontación entre la legalidad y el

⁶⁶⁷ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 538. “la fuerza vinculante del precedente administrativo, **procede o se deriva de los principios generales del derecho que le sirven de base**; lo que vincula no es el precedente, por cuanto implicaría el agotamiento de la discrecionalidad de la administración en la toma de decisiones, lo que vincula a través de los precedentes son los principios generales de derecho o normas principales constitucionales.”

⁶⁶⁸ Vid. COMADIRA, Julio Rodolfo (director). *Curso de Derecho Administrativo*. S.E. 1º Edición. Argentina. S.F., p. 50.” el precedente administrativo integra el sistema jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo cual supone, desde luego, la legalidad de aquél.

⁶⁶⁹ Vid. *STSE del 21 de mayo del 2012*. Establece en su fundamento de derecho 5º literal a) que: “(...) el precedente administrativo carece de fuerza para vincular una ulterior decisión jurisdiccional, que se ha de adoptar con exclusivo sometimiento a la ley, pues así lo demanda el artículo 117, apartado 1, de la Constitución española.”

⁶⁷⁰ Vid. GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo...Ob Cit.*, p. 539. “En ese sentido puede decirse que el precedente constituye un

precedente. Es por ello que cuando se ha determinado una solución jurídica correcta, no puede alegarse la existencia de un precedente contrario a la legalidad.⁶⁷¹ En ocasiones el espacio temporal, ha modificado su contenido tanto factico como normativo; y por tanto, no puede pretender un precedente administrativo desactualizado, prevalecer por sobre el principio de legalidad.

Por tanto el precedente administrativo es un mecanismo que asegura la legalidad de sus actos, pero a un nivel superior al ordenamiento jurídico secundario, puesto que su quebrantamiento injustificado, constituye de forma general una vulneración de las garantías constitucionales reconocidas en el máximo cuerpo normativo de los sistemas jurídicos, que es la constitución.

27.1. El Precedente Administrativo como herramienta de Argumentación Jurídica.

La utilización del precedente administrativo, supone una argumentación implícita⁶⁷², en la cual si se pretende resolver conforme al precedente, bastara la simple remisión al mismo para tenerse motivada en los mismos términos que el precedente expone; no obstante se deberá hacer una remisión al precedente que se sigue para evitar que caiga el acto en una falta de motivación como elemento de forma del acto administrativo.

Pero en realidad más allá de una justificación implícita que pueda hacerse con el precedente administrativo, el valor argumentativo del precedente es grande; de ahí que se ha reconocido al precedente como una

parámetro de vinculación de la actividad administrativa. Esa afirmación de la “vinculación” implica la fricción entre el principio de legalidad y el precedente administrativo

⁶⁷¹ Vid. STSE del 21 de mayo del 2012, ha establecido que: “una vez determinada la solución jurídicamente correcta, la referencia a un precedente administrativo contrario carece de trascendencia, pues la legalidad prevalece sobre una posible lesión del principio de igualdad, al no ser vinculante el precedente ilegal.”

⁶⁷² Vid. DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 63. Expone que el precedente administrativo puede entenderse como una argumentación implícita, en tanto si se utiliza el criterio anterior para resolver uno presente, se estaría bajo la presunción del acto legal, en cuanto está apegado a derecho.

técnica de control de jurisdiccional de la administración pública; sin perjuicio de que su carácter argumentativo no posee la autoridad del precedente judicial por necesitar como fundamento argumentativo los principios constitucionales.⁶⁷³

De ahí que el valor argumentativo del precedente, no se encuentra en la autoridad que pueda establecer el respeto del mismo de forma autónoma, como lo sería en el caso del precedente judicial por ser un precedente normativo, sin embargo el precedente administrativo es un apoyo para aplicar dos principios fundamentales: el principio de inercia y el principio de universalización.

a) *Con relación al principio de inercia:* El precedente administrativo, es una manifestación de una actuación habitual de la administración pública; por tanto la eficacia del precedente administrativo en la práctica tiene trascendencia porque permite establecer que una vez se ha sentado un precedente administrativo; para la administración pública al momento de encontrarse frente a una situación semejante, no tendrá que recurrir al desgaste intelectual, ya que con la simple remisión se estará argumentando sobre la base de una línea de precedentes validados.

Pero el uso indiscriminado de este principio de inercia, conduce a que la actividad habitual, entendida como la aplicación concreta de las facultades administrativas se convierta en una rutina administrativa⁶⁷⁴; y por tanto se aplique un precedente inadecuado; ya que la obligación de la administración con relación al precedente solo se aplica en los casos que se aparte de él;

⁶⁷³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 470. “(...) Solo tiene un valor argumentativo especial si se apoya en algún principio jurídico que le dote de relevancia como puede ser la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, igualdad o protección de la confianza.”

⁶⁷⁴ *Nota:* Sobre este punto fue desarrollado en el tema 6 de la presente investigación, en donde se expone de forma concreta es aspecto negativo de la deformación de un hábito en una rutina.

pero difícilmente, puede ser impugnado cuando se aplica un precedente inadecuado⁶⁷⁵; ya que se reconoce que una protección a los particulares frente a una desigualdad, pero no frente a una igualdad de trato.⁶⁷⁶

b) *Con relación al principio de universalización*: El imperativo que establece este principio se resume en la de establecer una solución aplicable a los casos semejantes a futuro; es decir que este principio como fundamento del precedente como argumento, plantea que los argumentos de derecho que expone un acto precedente, deberán de ser aplicados a los casos futuros sin mayor preocupación; de ahí que también este principio de universalización es el que motiva el cambio de criterio del precedente⁶⁷⁷, puesto que no es posible la aplicación *intuito personae* de un cambio de precedente administrativo sino que dicho cambio deberá ser de forma general.

27.2. El Precedente Administrativo como Fundamento de una Pretensión.

En los casos que la administración se ha desvinculado de un precedente administrativo del cual no ha cumplido con los requisitos para hacerlo de forma válida, el administrado puede plantear una pretensión⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 471. “Habrán casos que se presenten circunstancias distintas a las del caso anterior y en la que el agente al servicio de la administración, dirigido por la inercia no es capaz de distinguirlas y de reflexionar sobre la solución distinta pasada.”

⁶⁷⁶ Vid. STCE 86/1985, de 10 de julio; 170/1991, del 19 de julio; 16/1994 del 20 de enero y 181/2000 del 29 de junio: El Tribunal Constitucional Español ha negado, en diversas ocasiones la existencia de un derecho a la diferencia.

⁶⁷⁷ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 472. “(...) la administración podrá apartarse de su criterio anterior si demuestra que la nueva solución se ha adoptado con la intención de ser universalizable, de aplicarse a los casos similares futuros. Pero con este principio no es posible derivar efectos jurídicos concretos en caso de abandono de los precedentes.”

⁶⁷⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. “Cuando se dice que la Administración ha violado un precedente vinculante, un precedente del cual no puede legítimamente apartarse, lo que se está haciendo es una alegación para fundar una pretensión. Lo que se trata de afirmar mediante esta alegación es que la actuación administrativa que se ha separado indebidamente del precedente constituye una infracción del ordenamiento jurídico. Y ello porque

tomando como fundamento un precedente administrativo; ya sea de anulación del acto administrativo y en su caso la indemnización por daños y perjuicios en los casos que no se pueda restituir a la situación anterior del administrado.

Por tanto ambas pretensiones, se han de fundamentar en situaciones específicas que son por la ilegalidad del precedente, por falta de motivación del acto, o por desviación, abuso de poder de la administración pública o por la vulneración de algún principio constitucional; el cual es competencia en el caso de El Salvador de la Sala de lo Constitucional, por ser el máximo intérprete de la constitución.

Por esa razón en las siguientes líneas se desarrollaran los motivos por los que se puede fundar una pretensión de anulación principalmente de los actos, que de alguna forma u otra quebrantan a un precedente administrativo, preliminarmente, pero en esencia, el motivo real se encuentra tanto en la ilegalidad del acto, con ser contraria a los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica y sobre todo prohibición de la arbitrariedad.

27.2.1. Por vulneración de las Garantías Constitucionales.

El Precedente administrativo, al ser un precedente no normativo, carece de vinculación autónoma, de ahí que al concluir que la vinculatoriedad del precedente se encuentra en la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad; tiene como efecto que cuando la administración pública no justifica el cambio de criterio establecido en el precedente administrativo, se estaría frente a una arbitrariedad administrativa y por tanto el acto puede ser anulable.

conculca los principios generales del Derecho que sirven de fundamento a la doctrina del precedente y que vinculan a la Administración.”

Hay que tener en cuenta que la anulación del acto no se encuentra en razón del simple *quebrantamiento injustificado del precedente administrativo*, sino en la vulneración de principios constitucionales que limitan los actos de la administración pública; de ahí que el precedente sirve solo como parámetro de comparación para *probar el irrespeto* de la administración a los principios constitucionales.⁶⁷⁹

La motivación de un cambio de criterio es una garantía dual entre el administrado y la administración pública; y la falta de la misma puede considerarse como una actuación arbitraria de la administración; sin embargo, anudada a la valoración sobre la arbitrariedad o discriminación administrativa, también sirve para constatar la vulneración de principios constitucionales.⁶⁸⁰

El respeto del precedente administrativo, puede ser el fundamento de una pretensión, sea este mediante el uso de los recursos administrativo o mediante el proceso contencioso administrativo; pero debe de entenderse principalmente a través del amparo constitucional el cual es el encargado de determinar la existencia de una vulneración a los derechos constitucionales de las personas.

⁶⁷⁹ Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?”...*Ob Cit.*, p. 417. “El precedente si puede servir, sin embargo, para poner de manifiesto una actuación discriminatoria o arbitraria por parte de la Administración. Obviamente, la invalidez del acto no provendría nunca del incumplimiento del precedente, sino de la vulneración del principio de igualdad o del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.”; vid. GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I...Ob cit.*, p. 69. “el precedente juega un papel relevante a la hora de articular la defensa del particular frente a las posibles quiebras de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de los ciudadanos ante la Ley, cuya invocación puede ponerse de relieve para combatir un arbitrario cambio de conducta o de criterio por parte de la Administración”

⁶⁸⁰ Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?”...*Ob Cit.*, p. 703. “cabe señalar aunque no se le atribuya valor normativo, la doctrina española considera que el apartamiento de un precedente en un caso concreto podría significar, entre otras cosas, una falta de buena fe –sin perjuicio de que pudiera encuadrar como una conducta discriminatoria o arbitraria– en sus dos vertientes: de protección de la confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad

Ahora bien para que la pretensión basada en un precedente administrativo, pueda ser prospero es de vital importancia conocer si el misma ha sido objeto de enjuiciamiento posterior a su pronunciamiento; las razones son obvias en cuanto si un acto que constituye un precedente administrativo, posteriormente ha sido impugnado y luego declarado la invalidez del mismo; no puede ser fundamento de una pretensión.⁶⁸¹

27.2.2. Por de Ilegalidad del Precedente.

La legalidad que se presume de todos los actos administrativos, admite prueba en contrario⁶⁸²; y más allá de la simple presunción de legalidad, la verdadera legalidad ha de establecerse no solo mediante la presunción, sino mediante un análisis del acto frente al sistema jurídico en general.

El uso del precedente administrativo, supone como se ha establecido una argumentación tacita; la cual ha sido declarada en una instancia judicial la no existencia de vicio (tanto de forma o de fondo) de legalidad, entonces se considera que el precedente que crea no adolece de ilegalidad; sin embargo, el uso del precedente por parte de la administración pública, no vincula el juicio de legalidad del acto anterior; por tanto el uso del precedente

⁶⁸¹ Vid. *STSE del 4 de octubre del 2012*. En su fundamento de derecho primero establece que: “(...) la argumentación basada en el precedente administrativo no puede fundamentar una pretensión, una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado declarándose la validez, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley.”; Vid. *STCE 50/1986* y *SSTS de 18 de julio de 2002* y *de 27 de febrero de 2003*

⁶⁸² Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I...Ob Cit.*, p. 139. “El acto administrativo se perfecciona cuando en su producción concurren todos los elementos esenciales, lo que lleva consigo que se le atribuya presunción de validez. Ésta dispensa a la Administración autora del acto de seguir ningún tipo de proceso declarativo si alguien, en cualesquiera instancias, pusiera en duda o pretendiera su invalidez, presumiéndose válidos mientras su nulidad no haya sido declarada administrativa o judicialmente.”

en algún momento determinado, por las circunstancias fácticas o jurídicas puede tener como consecuencia que el precedente se vuelva ilegal.⁶⁸³

De ahí que si el argumento en contra de la modificación del precedente es la presunción de validez, se ha de determinar que una vez se ha de declarado la invalidez del acto que constituye precedente administrativo, este precedente no puede ser el fundamento para argumentar y justificar una decisión futura de la administración⁶⁸⁴; siempre teniendo en cuenta que la verdadera aplicación, de la pretensión de anulación será siempre la vulneración del principio de igualdad y el de legalidad de la administración.

El TSE se ha pronunciado al establecer sobre tal situación al resolver en un caso en concreto lo siguiente: “La alegación actora relativa a que otros muchos centros educativos incurrieron en esta misma conducta sin que hayan resultado sancionados, no parece de recibo toda vez que no cabe invocar el principio de igualdad respecto de situaciones ilegales aun cuando, por los motivos que sean, no hayan sido perseguidas, ya que un precedente ilegal no puede servir nunca de base para legitimar nuevas conductas infractoras.”⁶⁸⁵

⁶⁸³ Vid. R. BRITO, Mariano. “*El Acto Administrativo como Fuente de Derecho*”...Ob Cit., p. 708. Citando a Rotondo Tornaría, quien expone que: “el precedente administrativo no vincula el juicio de legalidad de un acto posterior por cuanto que el carácter revisor de la jurisdicción hace que sólo el acto impugnado sea el sometido a depuración legal y sobre el que hay constancia de las circunstancias y contenido que permitan el juicio consiguiente respecto de su acomodación o no a Derecho.”

⁶⁸⁴ Vid. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “*¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?*”...Ob Cit., p. 417. “Es doctrina asentada, sin embargo, que el precedente ilegal no puede servir como base para aducir una discriminación, en cuanto se estaría legitimando de este modo un nuevo incumplimiento de la legalidad”

⁶⁸⁵ Vid. STSE del 14 de noviembre del 2008; y el mismo sentido la STSE del 26 de octubre de 1995. En las cuales el hecho de haber existido una actuación anterior que es contraria a lo que el ordenamiento jurídico establece, mediante la aplicación de la corrección normativa en la aplicación de la ley, no puede invocarse el precedente ilegal para fundamentar la pretensión de la parte actora, en estos casos un administrado frente a la administración.

El argumento de precedente ilegal, como fundamento de la pretensión del administrado frente a la administración pública, solo opera en los casos, que por una parte se pretenda declarar su ilegalidad frente al ordenamiento jurídico administrativo; y en segundo lugar, cuando ya habiendo sido declarada su ilegalidad, la administración no lo ha vuelto a utilizar como justificación de su decisión en caso semejante.

De ahí que si se tiene la certeza que ha sido declarado como invalido el acto que sirve de fundamento implícito de la administración, en ese caso, el precedente administrativo invalido será el medio probatorio para poder establecer la pretensión de ilegalidad del precedente; y en caso de que el precedente adolezca de alguna quebrantamiento de la legalidad administrativa, también podrá fundamentarse como precedente ilegal.

27.2.3. Por desviación de Poder.

En el caso que el precedente administrativo aun posea la presunción de legalidad y no haya pronunciamiento alguno en sede jurisdiccional sobre su legalidad o ilegalidad, el administrado puede controlar esa situación mediante la pretensión de existencia de una desviación de poder

Sobre la *desviación de poder* la SCAS ha expuesto que: “(...) la desviación de poder es una irregularidad que concretamente afecta el fin del acto administrativo. Este vicio se actualiza en un acto que, emitido formalmente dentro de la competencia del órgano y de los límites de su poder, sirve para fines distintos de los establecidos por el legislador, distintos de los propios del poder que se ejerce.”⁶⁸⁶

En el derecho Salvadoreño en la LJCA lo contempla en el art. 3 literal a) establece que se procede a la acción contencioso administrativa en el

⁶⁸⁶ Vid. SSCAS del proceso bajo la referencia 149-M-99, del 19/12/2000. La desviación de poder en los términos que la Sala lo ha establecido no está relacionado directamente con una ilegalidad por ser contraria a una ley, sino que dentro del margen de la legalidad, su finalidad es diferente y por tanto se es procedente otorgar la acción contencioso administrativa.

caso de: “a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder.”⁶⁸⁷ Que para los efectos de esta ley, la desviación de poder es considerada, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”

Con relación a este motivo de anulación del acto, se ha establecido que es difícil de probarlo, pero se exige en la legislación Salvadoreña, por lo menos un principio de prueba sobre tal situación, para ello es necesario no solo exponer en abstracto dicho vicio, sino que ha de argumentarse sobre la valoración del acto de la administración, porque en caso contrario se corre el riesgo de ser desestimada la pretensión.⁶⁸⁸

La SCAS sobre esto ha declarado que: “Uno de los elementos objetivos del acto es su motivación, cuya función, como señala García-Trevijano Fos, es esencial, pues permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder. Este elemento es una consecuencia del principio de legalidad que rige a la Administración, que requiere de una norma habilitante para toda su actuación. De tal manera, la motivación exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y las de derecho que le determinaron a adoptar su decisión.”⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Vid. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978.

⁶⁸⁸ Vid. SSCAS del proceso con referencia 175-S-2003, del 26/06/2006. “En el caso que se analiza, para fundamentar la desviación de poder, el demandante únicamente señala que ha existido desviación de poder porque el Ministro señalado ejerció potestades administrativas con fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, a saber, Código de Trabajo y Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social. Sin embargo, no ofrece ningún tipo de explicación sobre las razones por las que considera que la actuación de la autoridad demandada constituye desviación de poder; dicho de otro modo, se trata de un argumento que ha sido planteado en términos abstractos, lo que hace imposible que este Tribunal pueda pronunciarse al respecto, de modo que procede desestimar tal motivo de ilegalidad por falta de argumentación jurídica.”

⁶⁸⁹ Vid. SSCAS del proceso con ref. 61-V-2000, del 16/12/2002. La sala expone que en la formación de un acto administrativo existen diferentes requisitos, y que de entre los cuales también existen vicios, y uno de ellos es precisamente la desviación de poder, cuyo vicio acarrea la nulidad del acto administrativo.

Por esa razón es que la desviación de poder de un acto administrativo que constituya un precedente, puede ser impugnado por tener fines distintos a los establecidos; por tanto este argumento puede ser utilizado para declarar nulo a un precedente administrativo.

28. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO.

La aplicación o mejor dicho la valoración del precedente administrativo por parte de la administración, conllevan a determinar ciertos efectos jurídicos que se pueden producir, en diferentes momentos como lo es en la formación de del acto decisorio de la administración, como es el caso de la obligación de motivar el cambio de criterio; y sobre la posibilidad de resolver conforme al precedente o su posible aplicación retroactiva.

Pero también, las consecuencias jurídicas de su irrespeto como lo es la anulación del acto administrativo, así como también la responsabilidad administrativa del funcionario y subsidiaria del Estado.

28.1. Obligación de Motivar Cambio de Criterio.

La motivación de cambio de criterio de la administración pública responde a lo que el Autor José Ortiz Díaz, denominó como la “*fórmula para garantía de los administrados*”⁶⁹⁰, en la cual el autor en este estudio sobre el precedente administrativo, hace mención de una doble calidad de dicha motivación, por una parte constituye una garantía para el administrado como para la administración misma y que es una freno en contra de la arbitrariedad.

⁶⁹⁰ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 110. Citando de forma textual al autor se tiene que: “La obligatoriedad para la Administración de motivar el acto administrativo quebrantador del precedente de decisiones anteriores representa un freno contra la arbitrariedad y constituye una garantía tanto para la Administración como para el administrado”

La razón se encuentra que, la motivación de un acto administrativo, permite conocer las circunstancias jurídicas y fácticas, que han intervenido en la toma de decisión de la administración pública, y con el posibilita a los administrados su impugnación mediante los recursos administrativos.⁶⁹¹

La administración con su motivación en los actos que emite, expresa una solidez argumentativa y credibilidad sobre las resoluciones; y para el administrado recubre de seguridad jurídica el conocimiento del cambio de criterio siempre bajo el análisis de sus bases constitucionales recaídas sobre la igualdad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad. La motivación, es necesaria cuando se cambia de criterio, frente a un precedente administrativo; en este caso la motivación es un requisito de validez no solo del acto, sino del cambio de criterio de la administración pública.⁶⁹²

Esta carga argumentativa pretende establecer un control sobre el quebrantamiento de un precedente administrativo, se debe de tener en cuenta que la administración puede separarse de su precedente, cuando lo estime conveniente, en los términos ya analizados con anterioridad, pero la motivación es una obligación que debe de dejar de cumplir la administración pública.⁶⁹³

28.2. La Anulación del Acto Administrativo.

⁶⁹¹ Vid. MARROQUÍN DE LEÓN, Ana Gloria. *“Motivación de los Actos Tributarios y Administrativos”*...*Ob cit.*, p. 13. El autor expone que la importancia de la motivación no es solo cumplir con los requisitos del acto, sino que aun en los casos que este requisito haya sido cumplido, es necesario analizar el contenido de la motivación para verificar, la existencia o no de algún motivo de impugnación por algún vicio de nulidad, que en todo caso, se plantea a través de los medios idóneos, y en este caso serían los recursos administrativos y luego los recursos judiciales.

⁶⁹² Vid. ARROUY, Pedro Luis. *“Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo...”* *Ob Cit.*, p. 20. “La motivación –en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la administración a emitir un acto administrativo- (que además debe consignar los antecedentes de hecho y de derecho) constituye un requisito esencial para la validez del acto administrativo en la medida en que traduce su justificación racional al plano exterior.

⁶⁹³ Vid. *STCE 58/1986 del 14 de mayo de 1986.*, establece una obligación que: “si pretende apartarse del precedente debe de aportar justificación suficiente”, citada por OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente judicial”*...*Ob Cit.*, p. 76.

La anulación del acto administrativo, es una consecuencia de la valoración ciertos parámetros tales como la ilegalidad del acto por carecer facultad para emitirlo, la omisión de la aplicación de alguna norma; pero sumado a estos y otros motivos más, también se pueden encontrar el desapego injustificado del precedente administrativo, como una manifestación directa de la aplicación de principios constitucionales y no como manifestación de la vinculación que posee frente al órgano que la emite.⁶⁹⁴

Un ejemplo de ello es la STSE del 7 de octubre de 1991, la cual anuló la resolución denegatoria de una de las autorizaciones, por separarse de los criterios que la administración había difundido profusamente en una nota y cuya aplicación había conducir al otorgamiento; el TSE estimó que, aunque tales criterios no eran jurídicamente vinculantes, debían operara por imperativo de la buena fe y confianza legítima;⁶⁹⁵ al analizar lo anterior, se desprende que el motivo de la anulación de un acto administrativo, está precisamente por la violación directa de los principios constitucionales.

Si el fundamento de la anulación no es el precedente administrativo; en consecuencia, en los casos que el precedente sea quebrantado por razones de interés público o de conveniencia social, existe una posibilidad que el precedente administrativo no pueda ser planteado con la finalidad de anular dicho acto, si es como Guisande, entiende que: “No podrá invocarse ante ello el precedente para pretender la anulación de lo actuado, porque

⁶⁹⁴ Vid. MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*. 1º Edición. Editorial Aranzandi, España, 2005., p. 372. “(...) cuando la Administración no razona una resolución que se separa del criterio que, a tenor de las actuaciones sostenida antes o durante el procedimiento, cabía esperar razonablemente, puede haber, además, arbitrariedad o el atentado a otros principios fundamentales como el de igualdad. De ahí que la ilegalidad de la resolución se pueda explicar también por esa arbitrariedad o esa discriminación singular, pero no por la violación del principio de buena fe.”

⁶⁹⁵ Citada por MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo... Ob Cit.*, p. 371. El autor expone un caso en la que se estimó la anulación por violación de los principios constitucionales, sin importar la línea continua de los precedentes que la parte actora expuso como medios probatorios, de la existencia de un precedente administrativo.

este no genera una norma, sino solo un hábito o un uso reiterado que no impone obligatoriedad.”⁶⁹⁶

Por tanto la nulidad del acto puede plantearse, por una parte por ser ilegal, el cual se puede plantear a través de los recursos administrativos y la acción contenciosa administrativa; y por otra parte, por vulnerar los principios constitucionales, a través del amparo constitucional.

28.3. ¿Obligación de Resolver Conforme al Precedente?

Una vez que se ha establecido que el precedente administrativo es el ideal y cumpliendo todos los requisitos para que sea un precedente válido por la administración pública; el reconocer la vinculación de la misma hacia su consideración y respeto, genera la siguiente interrogante: ¿está obligada la administración a resolver conforme al precedente?

La respuesta es negativa, porque el precedente administrativo no es una norma y solamente vincula a su consideración frente a casos similares, no pretende petrificar la constante interpretación y adecuación de los hechos sobre la norma jurídica, como se ha establecido, el precedente obliga a motivar el cambio de criterio y a la anulación del acto impugnado por quebrantamiento del precedente administrativo.⁶⁹⁷

Por otra parte si el precedente ha sido impugnado y se ha determinado que ha existido un quebrantamiento del principio de igualdad en la aplicación de la ley, ha de distinguirse entre la declaratoria de nulidad y sus posteriores efectos jurídicos particulares; con la posibilidad de obligar a

⁶⁹⁶ Citado por DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob Cit.*, p. 58. En su análisis hace especial énfasis en determinar que el precedente administrativo no puede invocarse en un tribunal jurisdiccional, si el cambio de criterio es obligatoriamente de fines sociales.

⁶⁹⁷ *Vid.* DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 298. “El precedente administrativo obliga, en su caso, a anular y a devolver el asunto a la Administración para que vuelva a decidir motivando adecuadamente su decisión y su cambio de criterio. El precedente impone, por tanto, una obligación de motivación, y no de actuar en un sentido concreto”

que se resuelva conforme al precedente; sobre este aspecto el autor Mariano Bacigalupo, expone que: “si la potestad discrecional está atribuida por ley, el juez ordinario (contencioso-administrativo) no puede (ni debe) confundir el control de juridicidad de su ejercicio, que ciertamente le compete a él, con el control de constitucionalidad de su atribución, pues corresponde este control en tales casos exclusivamente a la jurisdicción constitucional.”⁶⁹⁸

Esa es la razón por la que la SCNS en diversas sentencias ha establecido que aun cuando exista un quebrantamiento del principio de igualdad en la ley, cuando deriva de la aplicación de una potestad discrecional, esta se declara incompetente para ordenar se resuelva conforme a una actuación anterior, pero expone de forma clara y precisa que los efectos de la sentencia estimatoria, nulifican el acto impugnado pero, el órgano que lo emitió deberá cumplir con la carga de justificar el cambio de criterio.

Así la SCNS en el proceso con ref. 945-2002, del 7 de agosto del 2003 al amparar la pretensión de la peticionaria expuso que: “Es preciso aclarar, que la presente sentencia de ninguna manera supone que la Administración Tributaria esté impedida para denegar la devolución si así lo considera conveniente; es decir, al estar facultada por ley para tal efecto, es plenamente legítima su actuación, pero siempre que exponga las razones de hecho y de derecho en que se basa para resolver diferente en casos que tengan un precedente favorable. Por lo tanto, el efecto restitutorio no implica que esta Sala establezca que debe existir una resolución favorable para la demandante, sino exclusivamente invalidar la resolución impugnada por los motivos señalados en los respectivos considerandos.”⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ Vid. BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*. 1º Edición. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales. España, 1997., p. 103.

⁶⁹⁹ Vid. *SSCNS del proceso con ref. 945-2002, del 07/08/2003*. De ahí que el efecto restitutorio en ninguna forma implica también que se deba de resolver conforme al precedente administrativo, por tanto debe de limitarse que la anulación del acto como tal y devolver las cosas al estado que se

Por tanto el precedente administrativo no obliga a resolver o a decidir conforme al mismo, sino que obliga a que los razonamientos jurídicos, deban de ser semejantes en situaciones semejantes, por el respeto al principio de igualdad en la interpretación de ley.

28.4. ¿Aplicación Retroactiva?

Una característica importante del precedente administrativo, es su ubicación en el tiempo y orden de los actos, y es evidente en la definición que brinda el autor Rotondo Tornaría, al exponer que el precedente administrativo es: “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”⁷⁰⁰

La retroactividad hace referencia a que los efectos emanados de un acto administrativo, en este caso actos decisorio sean aplicados hacia el pasado; la posibilidad que un precedente tenga una aplicación retroactiva resulta interesante y al mismo tiempo problemática; sin embargo, la pregunta sobre la retroactividad deberá de replantearse en los siguientes términos ¿El acto administrativo que conforma un precedente se puede aplicar retroactivamente? Y ¿en caso de aplicarse retroactivamente se estará hablando de un “precedente administrativo”?

La regla general expresa que el precedente administrativo solo tiene aplicación hacia el futuro; sin embargo para el autor Juan Carlos Cassagne, expone que: “El cambio de criterio, por razones de oportunidad, cuando la

encontraban antes de dictar el acto, y en caso de no ser posible podrá pedirse una indemnización correspondiente.

⁷⁰⁰ Citado por Augusto Duran Martínez en “*El Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p. 54. El autor cita un extracto de una obra inédita de Rotondo Tornaría denominada: “*Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?*”, exposición en las Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo, realizadas en Montevideo en 2008.

apreciación de estas razones tuviera carácter discrecional, no puede tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado.”⁷⁰¹

En concordancia el autor hace una alusión expresa a la retroactividad de un cambio de criterio, sin embargo el autor delimita la aplicación retroactiva del acto, solo en los casos que “sean más favorables” al administrado. Sin embargo frente a lo anterior se plantea la interrogante siguiente: ¿estaremos realmente frente a una aplicación retroactiva del precedente administrativo? La respuesta es que no es posible concebir dicha situación.

La razón se encuentra que el precedente administrativo es una técnica de control de la legalidad administrativa, y sin importar los efectos retroactivos que los actos puedan tener, se deben de plantear, sobre si dichos efectos son individualizados, o si se aplazarán, en los casos que ya se haya resuelto y hayan producido efectos jurídicos; en ese caso el precedente es la técnica de control que asegura que, el cambio de criterio se aplique a futuro; por tanto no se debe de confundir la técnica del precedente administrativo, con el contenido del acto administrativo que lo constituye.

El ingenioso y brillante, autor José Ortiz Díaz, expuso una situación, en la que contrastaba el precedente administrativo, con los efectos jurídicos hacia el pasado; y citándolo literalmente expone un caso en que: “un administrado que obtiene respuesta negativa en una petición de concesión discrecional que formuló a la Administración. Posteriormente, otro particular en idénticas circunstancias interesa la misma demanda y obtiene resolución favorable. ¿Puede el primer sujeto requerir de la autoridad administrativa que

⁷⁰¹ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I...*Ob Cit.*, p. 172. El autor hace referencia a la posibilidad de aplicar retroactivamente un cambio de criterio de un precedente administrativo, cuando este sea por aplicar un criterio de oportunidad.

sea reconsiderada su petición a la luz del principio de igualdad? Tal técnica es análoga a la del precedente, pero con base en el Consiguiente.”⁷⁰²

Con lo anterior, se abren las puertas al denominado *consiguiente administrativo*⁷⁰³; que a diferencia del precedente administrativo opera hacia el pasado y no hacia futuro; y aunque se fundamenten en el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, no opera acá el principio de seguridad jurídica⁷⁰⁴, es una figura que no está ampliamente estudiada, sin embargo no puede confundirse con el precedente administrativo puesto que sus efectos solamente son hacia los actos futuros de la administración pública.

28.5. La Indemnización por Daños y Perjuicios.

La anulación de un acto administrativo, tiene como efecto principal el que dicho acto deje de tener eficacia jurídica, por tanto las cosas se vuelven al estado en que se encontraban con anterioridad al acto, sin embargo en ocasiones, es imposible para la administración volver al estado anterior, y por tanto existe un perjuicio para el administrado, en su esfera jurídica.

⁷⁰² Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*”...*Ob cit.*, p. 101. Este término fue acuñado por el autor al plantear la aplicación a la inversa de lo que hasta ese momento se planteó sobre el precedente administrativo y expuso: “Hemos planteado hasta ahora la fuerza vinculatoria que, merced al juego de la igualdad, posee una decisión concesiva de la Administración respecto a las ulteriores. Es dable pensar en el supuesto inverso.”

⁷⁰³ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo*...*Ob Cit.*, p. 260. “(...) en alguna ocasión la jurisprudencia y la doctrina han reconocido el valor de las actuaciones administrativas posteriores. En estos casos, se está ante el reverso del precedente, el denominado consiguiente. El término de comparación no es un acto anterior, sino posterior. De acuerdo con este concepto, en ocasiones gracias a un acto posterior puede ponerse de manifiesto la conculcación de algún principio jurídico, como el de igualdad. De este modo se permitiría impugnar la actuación administrativa. válida hasta ese momento

⁷⁰⁴ Vid. VELA PEÓN, Antonio Alberto. “El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?...*Ob Cit.*, p. 7. “El *consiguiente* es el efecto inverso al *precedente*, ya que el agravio causado al administrado por un trato injustificado desigual de la administración no surge en comparación con una actuación anterior, sino con una posterior. Esto es, hay *consiguiente* cuando en una resolución previa la administración no benefició al administrado y, posteriormente, por cualquier circunstancia, un particular se beneficia. Esta técnica inversa al *precedente* se encuentra igualmente basada en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, pero no resultan aplicables los principios de seguridad jurídica y buena fe de la administración.”

Por tanto es obligación de la administración indemnizar al administrado por el perjuicio ocasionado, por ello es que el autor Español, Luis Medina Alcoz, expresa que: "(...) si la actuación administrativa ocasiona daños y perjuicios, también habrá responsabilidad patrimonial, pero no por defraudación de la confianza, sino por el incumplimiento del deber de adoptar una resolución ajustada a Derecho. Por eso el interesado puede solicitar, no ya la reintegración de los gastos que han devenido inútiles, sino también las pérdidas derivadas de la no obtención de la utilidad a la que tenía derecho."⁷⁰⁵

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador establece en el inc. 2º del artículo 34: "Si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra él personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración"⁷⁰⁶

En consecuencia la Sala de lo contencioso Administrativo de El Salvador, ha establecido el carácter de medida secundaria o subsidiaria de la indemnización por daños y perjuicios ante la imposibilidad de material o legal, así lo expresa en su sentencia del ocho de diciembre del dos mil. Ref. 77-P-98: "La indemnización por daños y perjuicios constituye una medida secundaria y supletoria ante la imposibilidad material o legal de lograr una restauración normal de la situación vulnerada. Se instituye con ella una modalidad distinta de restablecimiento del derecho, para no dejar al

⁷⁰⁵ Vid. MEDINA ALCOZ, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*. 1º Edición. Editorial Aranzandi, España, 2005., p. 372. El autor expone que el tipo de responsabilidad será patrimonial, en el entendido que la indemnización será en contenido patrimonial, puesto que el efecto restitutorio, satisface el resarcimiento jurídico de las cosas anteriores, sin embargo los efectos materiales solo pueden cuantificarse económicamente.

⁷⁰⁶ Vid. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978. El artículo establece los dos tipos de responsabilidad que se reconocen, la responsabilidad directa del personalmente responsable, que en este caso será la persona quien tiene el cargo de dictar el acto; y subsidiariamente el Estado en caso, que no se pueda establecer dicha responsabilidad directa.

administrado en indefensión ante los daños ocasionados por el accionar ilegal de la Administración"

De ahí que resulta normal cuestionarse, ¿Quién será responsable? El funcionario que emitió el acto o será una responsabilidad del Estado; con relación a lo anterior se expone que la responsabilidad personal a la que hace alusión el art. 245 de la Cn, establece que; "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución."⁷⁰⁷ Es este el fundamento del principio de responsabilidad de la administración en cuanto exista un quebrantamiento de algún derecho constitucional como es el de seguridad jurídica, el de igualdad y el de prohibición de la arbitrariedad.

28.5.1. La Responsabilidad Directa del Funcionario.

Al analizar el art. 245 de la Cn citado, es fácil apreciar que existen varios sujetos a quienes se les puede imputar la responsabilidad administrativa; por una parte se habla de los empleados públicos, de los funcionarios públicos y del Estado. Sobre la imputación de responsabilidad de los funcionarios públicos opera el principio de "*nulla poena sine culpa*"⁷⁰⁸; lo que excluye de forma definitiva la llamada *responsabilidad objetiva*; la cual establece una responsabilidad por los daños ocasionados por el acto emitido sin tomar en consideración cualquier intención subjetiva del sujeto.

En ocasiones se puede entrar a lesionar ciertos derechos de los administrados, por actos de los funcionarios públicos sin embargo, cuando el

⁷⁰⁷ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

⁷⁰⁸ Vid. FRATTI DE VEGA, Karla y MENA GUERRA, Ricardo. *Régimen de los Servidores Públicos en El Salvador*. 1º Edición. Asociación Salvadoreña de Derecho y Desarrollo ADESA. El Salvador, 2012., p. 64. "(...) en materia administrativa sancionatoria es hoy aplicable el principio *nulla poena sine culpa*; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción."

funcionario público se encuentra dentro del margen de apreciación de una ley o simplemente hace una interpretación de un cuerpo normativo y del deduce una aplicación posible; si esta aplicación de la ley limita cualquier derecho constitucional, entonces no se podría reprochar ni mucho menos establecer una responsabilidad personal, sin antes tomar en cuenta el elemento subjetivo que llevo al funcionario a realizar ese acto.⁷⁰⁹

La Sala de lo Constitucional ha establecido que: “dicha responsabilidad debe apreciarse a partir de ciertos aspectos fácticos, como son: la extralimitación o cumplimiento irregular de las atribuciones, negligencia inexcusable, ausencia de potestad legal, malicia, previsibilidad del daño, o anormalidad del perjuicio o cualquier otro similar”⁷¹⁰ de ahí que los para la doctrina al analizar este aspecto hace alusión a los llamado *títulos de imputación de responsabilidad*, que son derivación directa de la presunción de inocencia que posee el funcionario público hasta que se compruebe lo contrario.⁷¹¹

Especial mención es la causa de *la extralimitación o cumplimiento irregular de las atribuciones*, está relacionada con la desviación de poder; que según el art. 3 de la LJCA, es un motivo para que proceda la acción contencioso administrativa⁷¹²; en este caso si el precedente administrativo no

⁷⁰⁹ Vid. SSCNS del proceso de Amparo ref. 337-99, del 18/02/1999. La cual establece que: “el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones.”

⁷¹⁰ Vid. SSCNS del proceso de Amparo ref. M225-2001, del 24/05/2002.; Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. M3-s-1992, del 09/03/1993.

⁷¹¹ Vid. FRATTI DE VEGA, Karla y MENA GUERRA, Ricardo. *Régimen de los Servidores Públicos en El Salvador...Ob Cit.*, p. 64. Citando de forma literal el texto, los autores exponen que: “(...) como una derivación de la presunción de inocencia, la potestad punitiva en cualquiera de sus manifestaciones, exige la concurrencia de un título de imputación de responsabilidad. Con ello, la existencia de un nexo de culpabilidad se constituye un requisito sine qua non para la configuración de la conducta sancionable.”

⁷¹² Vid. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978. Regula esa situación en el lit. a) del art. 3, cual expone que: “Art. 3.- También procede la acción contencioso

es motivado suficientemente, es posible que la falta de motivación, junto con los efectos materiales que en este caso sería el daño a la esfera jurídica del administrado, pueden plantear que el título de imputación de responsabilidad, se cumpla y por tanto la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, recaiga directamente sobre el funcionario.

28.5.2. La Responsabilidad Subsidiaria del Estado.

Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre la imposibilidad de atribuir responsabilidad objetiva a los funcionarios públicos; mediante su Sentencia del 26 de agosto del año 1998; dictada en el proceso de amparo bajo la referencia 317-97, la cual establece que:

"la responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio de las disposiciones constitucionales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de la conducta del funcionario (...) ya que el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones"⁷¹³

administrativa en los casos siguientes: a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”

⁷¹³ Vid. SSCNS del proceso de Amparo ref. M738-2002, del 28/10/2003. La responsabilidad personal del funcionario, no se puede pretender establecer cuando este ha actuado en ejercicio de las facultades legales, en este caso se enfrentaría a un supuesto que la ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad o de ilegalidad a la ley secundaria, pero sin embargo el funcionario público al cumplir con su obligación de someterse y limitarse a las facultades que la ley le otorga, en este caso es imposible reprocharle responsabilidad, por cumplir una ley que en su esencia tenga un vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad.

Por tanto, el Estado puede responder subsidiariamente por los daños ocasionados por el funcionario público; esta responsabilidad es atribuida al Estado siempre y cuando no se pueda determinar algún grado de culpabilidad del funcionario público. El fundamento de la responsabilidad subsidiaria del Estado se encuentra en la sujeción del poder público al Estado de Derecho⁷¹⁴; opera por lo tanto, en los casos que el funcionario se encuentre ejerciendo alguna facultad administrativa.

⁷¹⁴ *Vid. SSCNS del proceso de Amparo ref. 62-97; del 21/07/1998*, la cual ha establecido que: “la responsabilidad de los funcionarios y del Estado originada en los daños que causaren el ejercicio de las funciones de los primeros, es una de las grandes conquistas de la democracia y de inexorable existencia en el Estado de Derecho, pues significa la sujeción del poder público al imperio del Derecho”

CAPÍTULO VII:

EL CONTROL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y SU CRÍTICA EN EL SALVADOR.

29.MECANISMOS DE CONTROL DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.

Dentro de los mecanismos del control del precedente administrativo, para fines prácticos, se pueden clasificar en mecanismos administrativos y jurisdiccionales; en el primer tipo se encuentran los recursos administrativos; los cuales operan dentro de la administración pública, y cuyos pronunciamientos admiten un control jurisdiccional.

En cambio, dentro de los segundos se encuentran la acción contenciosa administrativa y el amparo constitucional; que necesitan por una parte haber agotado los recursos administrativos; y por otra parte, su ejercicio o aplicación es ante un órgano jurisdiccional, que eventualmente puede tener por resultado, el que se revoque lo declarado o actuado por los órganos administrativos.

29.1. Los Recursos Administrativos.

Los recursos administrativos, son mecanismos de control de la legalidad de la administración pública, configuran un sistema de control interno dentro del ámbito administrativo⁷¹⁵; en un sentido más amplio, pueden ser considerados como los remedios o medios de producción del

⁷¹⁵ Vid. RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General...Ob Cit.*, p. 607. “Los recursos administrativos suponen, en principio, una garantía del particular, al que se permite alegar o discutir la validez u oportunidad de un acto o conducta administrado ante la propia administración autora del acto (...)”

individuo para impugnar los actos y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.⁷¹⁶

Los recursos administrativos, generalmente están contenidos dentro de los cuerpos normativos que habilitan previamente las actuaciones de la administración; sin embargo el administrado utiliza en ocasiones recursos que no están expresamente reconocidos en la ley administrativa, pero están contenidos en la regulación ordinaria; y de ahí se desprende la calificación de recursos de carácter reglados o recursos de carácter no reglados.

La falta de un requisito formal del acto, hace que este sea anulable mediante su impugnación a través de los recursos administrativos frente a la administración, una de las causas más genéricas que se pueden observar en materia de recursos administrativos, es la alegación de falta de motivación de un acto administrativo⁷¹⁷, claro está que este argumento está determinado por la legalidad de la administración pública.

Los recursos administrativos, con relación a nuestro objeto de estudio, son un mecanismo de impugnación de algún acto que sea contrario a la vinculación argumentativa del precedente administrativo; pero al mismo tiempo constituyen los presupuestos necesarios para el acceso al Proceso contencioso Administrativo, y de esta forma someter los actos impugnados a un examen de legalidad ante un control Jurisdiccional.

⁷¹⁶ Vid. ORGAZ, JORGE y ETAL. *Derecho Procesal Administrativo II*. 1º Edición. Alveroni Ediciones. Argentina, 2004., pág. 10 y 11. “Por medio del recurso administrativo se promueve el control de la legalidad (legitimidad y oportunidad) de un acto emanado de la autoridad administrativa (...)”

⁷¹⁷ Vid. LORA, Alejandro Huergo. *“La Motivación de los Actos Administrativos y la Aportación de Nuevos Motivos en el Proceso Contencioso-Administrativo en RAP*, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 145. Enero-abril, Madrid, 1998., p. 89. “Este es el conflicto más frecuente a que da lugar la motivación: el recurrente alega que el acto no está motivado, y lo que se discute es si el acto debía estarlo, si la motivación es suficiente y, en su caso, si el vicio tiene eficacia invalidante.”

De ahí que para cumplir el requisito de “agotamiento de la vía administrativa”⁷¹⁸, es necesaria la utilización en tiempo de todos los recursos que le otorga a los administrados para impugnar y subsanar los posibles errores o arbitrariedades de la administración: entre los cuales se pueden mencionar el recurso de revisión⁷¹⁹ y apelación⁷²⁰ de los actos ante órganos administrativos superiores; y una vez estos medios de impugnación del acto en la vía administrativa han sido utilizados, y si aún así el administrado no ha visto satisfecha su pretensión, puede entonces acudir a la acción contenciosos administrativa, en los casos que sea procedente.

29.2. El Proceso Contencioso Administrativo.

El proceso contencioso administrativo, toma como objeto de conocimiento la fiscalización del acto de la administración, para cerciorarse que se ha ejercido una facultad legal a través de los cauces que el legislador

⁷¹⁸ *Nota:* Este requisito se refiere a que la acción contencioso administrativa, solo procede en los casos que el administrado haya utilizado todas las vías ordinarias, para subsanar el vicio, en sede administrativa, y en caso que se hayan utilizado todos los medios posibles, se concede dicha acción para la revisión del acto, en sede jurisdiccional.

⁷¹⁹ *Vid.* CÓDIGO MUNICIPAL. D.L. n° 274, del 31 de enero de 1986, publicado en el D.O. N° 23, Tomo N° 290, el 5 de febrero de 1986. “Art. 135.- De los acuerdos del Concejo se admitirá recurso de revisión, para ante el mismo Concejo, que se podrá interponer dentro de los tres días hábiles siguientes a la respectiva notificación.”; *Vid.* LEY DE COMPETENCIA. D.L. n°. 528 del 22 de diciembre del 2004, publicado en el D.O: N° 240, Tomo 365, publicado el 23 de diciembre del 2004. “Art. 48.- El acto que resuelve definitivamente el procedimiento admitirá recurso de revisión, interpuesto en tiempo y forma, y en el mismo recurso podrán alegarse todas las ilegalidades de trámite.”

⁷²⁰ *Vid.* LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS. D.L. N° 135, del 18 de diciembre de 1991, publicado en el D.O. N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991. “Art. 2.- Si el contribuyente no estuviere de acuerdo con la resolución mediante la cual se liquida de oficio el impuesto o se le impone una multa, emitida por la Dirección General de Impuestos Internos o Dirección General de Aduanas, podrá interponer recurso de apelación ante el Tribunal, dentro del término perentorio de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva.”; *Vid.* LEY ORGÁNICA DE AVIACIÓN CIVIL. D.L. N° 582 de fecha 18 de octubre del 2001. Publicado en el D.O. N° 198, T. 353 el 19 de octubre del 2001. “Art. 183.- El Director Ejecutivo de la AAC tendrá a su cargo la aplicación de las sanciones que establezca la presente Ley y sus Reglamentos (...) b) Recurso de Apelación: Este Recurso se interpondrá ante el Director Ejecutivo dentro de los tres días hábiles de notificada la resolución. El Director Ejecutivo deberá remitir dicho recurso a la Junta de Directores en un plazo no mayor de cinco días hábiles, para su tramitación y resolución; este recurso, deberá resolverlo tal Junta de Directores dentro de los cuarenta y cinco días hábiles de haberse interpuesto. Si esta Junta no resolviere dentro del plazo indicado en el inciso anterior, el recurso se entenderá por aprobado a favor del peticionario.”

secundario establece, y si se han respetado los límites al ejercicio de atribuciones⁷²¹; en este proceso, la Sala de lo Contencioso Administrativo, hace una revisión de la legalidad de los actos emitidos por la administración pública; según lo establecido en el art. 2 de la LJCA, la cual expresa que: “Art. 2.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.”⁷²²

Sin embargo, para que un administrado pueda acudir a la revisión de la SCAS, es necesario cumplir con el requisito de *agotamiento de la vía administrativa*⁷²³; la cual está regulada en el art. 7, que establece que no se concede la acción contencioso administrativa, en los actos que: “a) los consentidos expresamente, y aquéllos en que no se haya agotado la vía administrativa. Se entiende que está agotada la vía administrativa, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente.” Por tanto, se han de utilizar antes los recursos administrativos para que puedan ser sometidos a la jurisdicción contenciosa administrativa.

No obstante, si el precedente administrativo promulga una igualdad en la aplicación de la ley; es de tener en cuenta, que si se realiza un cambio de precedente mediante una motivación del acto no existirá motivo para

⁷²¹ Vid. VELIS, Carlos Adrián. *El Amparo en la Ley Salvadoreña*. 1º Edición. Editoriales J.R. El Salvador, 2008. El autor para diferenciar al amparo de la acción contenciosa administrativa, expone que: “(...) el acto controvertido en la jurisdicción contencioso administrativa se enjuiciara de modo directo *si tiene legalidad*, adecuación a la ley y a los principios generales del derecho administrativo. Solo abstrayendo, solo percibiendo de un modo reflejo, podemos ver su inconstitucionalidad.”

⁷²² Vid. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, emitida mediante el D.L. Nº 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. Nº 236, t. 261, del 19 de diciembre de 1978.

⁷²³ Vid. *SSCAS del proceso con ref. 223-C-2001, del 20/02/2002*. Con relación al requisito de agotamiento de la vía administrativa expuso que: “Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el previo agotamiento de la vía administrativa, es una condición objetiva de admisibilidad de la acción contenciosa. El Art. 7 letra a) de la Ley de la materia, prescribe que este requisito se entiende cumplido cuando el administrado ha hecho uso en tiempo y forma de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico aplicable y cuando la ley lo disponga expresamente.”

impugnar la legalidad; sin embargo, en ocasiones el precedente no crea una ilegalidad por contrariarse de forma expresa a la ley, sino por que los actos de la administración, no persiguen la finalidad establecida en la ley.

Esa es la razón, del por qué el fundamento del proceso contencioso administrativo, como mecanismo de control del cumplimiento del precedente administrativo vinculante, se encuentra en el art. 3 lit. a) de la LJCA el cual establece que se procede a la acción contenciosa administrativo: “a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales incurriendo en desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (...)”⁷²⁴

En estos casos, la ilegalidad no está dentro del margen de la simple adecuación de la realidad a la norma jurídica; hay que tener en cuenta que, si el precedente administrativo, se desarrolla generalmente en las facultades discrecionales, la libertad optativa de la administración, por una parte puede ser la justificación para pretender aludir que *cualquier opción que tome será legal*; sin perjuicio de lo anterior, la revisión de este tipo de facultades está encomendada a la SCAS, puesto que la desviación de poder puede presentarse en el ejercicio de dichas facultades discrecionales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, tiene la potestad revisora de la legalidad de los actos administrativos, por tanto cualquier acto administrativo que constituya un precedente, puede ser impugnado mediante

⁷²⁴ Vid. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, emitida mediante el D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, t. 261, del 19 de diciembre de 1978.

el proceso Contencioso Administrativo,⁷²⁵ y de esta forma asegurar que dicho acto no está en contra los principios constitucionales, de igual forma y por lo tanto es un precedente administrativo que puede tener eficacia y aplicación válida en los actos de la administración pública.

Por tanto, el papel del precedente administrativo, será para probar el cambio injustificado de criterio de la administración; y por otro, ser un parámetro de comparación entre el motivo del acto, en una situación semejante, y la finalidad del acto en el caso presente, y de esta forma corroborar que la finalidad del acto nuevo, es diferente a la finalidad del acto anterior; lo cual será posible siempre y cuando sean situaciones semejantes.⁷²⁶

29.3. El Amparo Constitucional.

El amparo Constitucional, es definido por Linares Quintana como: “el proceso que tiende a asegurar a los ciudadanos, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria contra los mismos por parte de los órganos estatales o de los particulares”⁷²⁷ restricción o amenaza de los

⁷²⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 46. “Es de manifestar que el Órgano Judicial, en su probable carácter revisor, al ser impugnado un precedente administrativo, puede determinar la legalidad del mismo (...)”

⁷²⁶ Vid. SSCAS bajo la ref. 288-A-2003, del 15/11/2004. “Del análisis a la resolución referencia I9510034T, se constata que la misma se refiere a reembolso de gastos en razón a que la contribuyente (Sociedad Invierta S.A. de C.V.) adquirió materiales a nombre y por cuenta de sus clientes de forma tal que los documentos respectivos del IVA los solicitó a nombre de los prestatarios de los servicios, hecho que a todas luces se enmarca dentro del supuesto establecido en el art. 51 letra a) de la Ley del IVA y por lo tanto difiere radicalmente con el caso planteado por la actora (...) Con todo lo anteriormente expuesto queda plenamente desvirtuada la violación al principio de igualdad alegado, pues se ha comprobado que en los casos que cita la parte actora y que minuciosamente ha analizado este Tribunal, se refieren a supuestos completamente diferentes al planteado en el presente proceso. Por concluirse en este juicio que todos los puntos en que la parte actora sustenta la ilegalidad de los actos reclamados, han sido uno a uno desvirtuados, se concluye que los actos impugnados son legales.”

⁷²⁷ Vid. VELIS, Carlos Adrián. *El Amparo en la Ley Salvadoreña*. 1º Edición. Editoriales J.R. El Salvador, 2008., p. 12. Citando a Linares Quintana acerca del concepto de amparo constitucional, el

derechos que otorga la Constitución, exceptuando la restricción de libertad, ya que de ella se ocupa el Habeas Corpus. Sin bien la definición anterior, puede considerarse como completa en el ámbito que comprende el amparo, se advierte que es limitada y restringida, en cuanto se afirma que tal garantía constitucional es solo para ciudadanos.

Lo último, es una limitación que en el caso de El Salvador no concurre en texto constitucional, así el art. 247 inc. 1º de la Cn, que establece que: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.”⁷²⁸ Y de la misma forma el art. 12 inc. 1º de la LPrCn establece que: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución”⁷²⁹, ello siempre y cuando se haya agotado la vía ordinaria.⁷³⁰ Por lo que al hacerse referencia a “toda persona”, se asegura una igualdad de acceso a la justicia por la vía del amparo frente al Estado de El Salvador.

Al hacer el análisis, sobre su aplicación en el derecho administrativo; se determina que el acto administrativo es una de tantas actuaciones que el amparo examina, sea por acción u omisión que viole u obstaculice a un

cual presenta una limitación, en tanto establece que solo los ciudadanos pueden ejercerlo, lo cual es resuelto por la normativa constitucional, en su art. 247 Cn.

⁷²⁸ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

⁷²⁹ Vid. LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DE EL SALVADOR. D.L. N°. 2996, de fecha 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. N° 15, T. 186, del 22 de enero de 1960.

⁷³⁰ Vid. *SSCNS del proceso de amparo con ref. 14-2000, del 11/01/2000*. “Como abundante y constante jurisprudencia lo ha reconocido, fundamentándose en la estructura orgánica de nuestro sistema de protección de derechos y específicamente en el inciso 3º del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (...), la pretensión de amparo debe cumplir con una condición de procedibilidad que se articula como una exigencia de carácter dual: por un lado, que el actor haya agotado los recursos ordinarios del proceso o procedimiento en que se hubiere suscitado la violación al derecho constitucional; y, por otro lado, que de haberse optado por una vía distinta a la constitucional, tal vía se haya agotado en su totalidad.”

derecho constitucional⁷³¹; por lo que siendo el precedente administrativo un acto precisamente administrativo, éste puede ser objeto de amparo constitucional, por quebrantamiento de los principios que fundamentan su aplicación en el derecho administrativo.

Es importante aclarar, que el amparo constitucional no es en ningún caso una instancia más para la impugnación; el art. 13 de la LPrCn ha establecido que: “El juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal.”⁷³² Incluyéndose también las cuestiones concernientes al derecho administrativo⁷³³, por tanto es improcedente amparar cuestiones de mera legalidad⁷³⁴; por tanto, el control del respeto al precedente se hace, no por su quebrantamiento en sí, sino por la posible vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica y prohibición a la arbitrariedad que dicho quebrantamiento generaría; por tanto el precedente administrativo, entendido de forma objetiva como el acto decisorio anterior, servirá de mecanismo probatorio en todo caso.

Se tiene entonces, que indirecta o transversalmente, puede considerarse al amparo constitucional como un mecanismo de control de la legalidad del precedente, ello cuando del bloque de legalidad comprometido

⁷³¹ Vid. BERTRAND GALINDO, Francisco y ETAL. *Manual de Derecho Constitucional, Tomo I...Ob Cit.*, p. 403. “En el derecho Salvadoreño, la acción de amparo, procede en relación a los siguientes actos: 1) Actos administrativos: En este rubro se comprenden las acciones u omisiones administrativas que violen derechos u obstaculicen su ejercicio. También están comprendidos los actos de los funcionarios de los Órganos descentralizados de gobierno.”

⁷³² Vid. LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DE EL SALVADOR. D.L. N°. 2996, de fecha 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. N° 15, T. 186, del 22 de enero de 1960.

⁷³³ Vid. VELIS, Carlos Adrián. *El Amparo en la Ley Salvadoreña...Ob Cit.*, p. 51. “La expresión del Art. 13 citado no debe llevar a engaño, pues de la tramitación de un juicio calificado como civil puede surgir una violación constitucional. No es de admirarse de la providencia del expediente, que puede llegar de un tribunal de las materias dichas, sino atender a la contravención, que debe de ser constitucional.”

⁷³⁴ Vid. SSCNS *del proceso de Amparo con ref. 34-S-95, del 23/12/1998*. Al analizar el alcance del art. 13 de la LPrCn la sala estableció que: “es válido entender, que en cualquier materia de competencia de los tribunales ordinarios, el amparo será improcedente cuando lo que se pretenda impugnar sea el contenido del fallo relativo a la legalidad.”

o transgredido también se encuentren categorías constitucionales; en tal caso, es de tener en cuenta que no será por la violación del precedente mismo, sino por la vulneración e irrespeto a las garantías constitucionales que le sirven de fundamento vinculante. Para el caso, es posible iniciar un proceso de amparo por la violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, regulada en el art. 3 de la Cn; y como medio probatorio puede alegarse la existencia de actos decisorios precedentes que difieren de la aplicación concreta de una disposición legal, y con ello solicitar la nulidad del acto.⁷³⁵

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, ha admitido amparos constitucionales, por violaciones a derechos constitucionales y como argumento de la pretensión ha expuesto la existencia de precedentes administrativos; por tanto la admisión se encuentra en el objeto del amparo, el cual consiste en la declaración de la violación constitucional y no del irrespeto del precedente administrativo; sin embargo, para poder sustentar de forma objetiva dicha violación, el precedente administrativo juega un papel probatorio.

Como ejemplo de lo anterior, la Sala de lo Constitucional en su sentencia del proceso de amparo ref. 945-2002, del siete de agosto del 2003, la parte actora reclama contra la resolución del Subdirector General de la Dirección General de Impuestos Internos, pronunciada a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del día diecisiete de julio de dos mil uno, por medio de la cual declara sin lugar la petición de devolución del impuesto sobre la

⁷³⁵ Vid. *SSCNS del proceso de Amparo con ref. 369-99, del 04/04/2000*. En el considerando II, estableció que: “En síntesis, el objeto material de la pretensión de amparo viene determinado por el acto u omisión contra el que se reclama por vulnerar, amenazar, restringir u obstaculizar el ejercicio de los principios, derechos o categorías jurídicas subjetivas consagradas y protegidas por la Constitución, y respecto de los cuales se *pretende su eliminación o anulación del mundo jurídico*, mediante la tutela reforzada que brinda la jurisdicción constitucional.” El texto que aparece en cursiva no aparece en el texto original.

renta, pagado en exceso a través de la declaración original correspondiente al ejercicio fiscal de mil novecientos noventa y cinco; la Sala resolvió que:

“(…) esta Sala concluye, que en el presente caso la falta de razonamiento en la resolución pronunciada por el Subdirector General de Impuestos Internos, contra la que se reclama en este proceso, por aplicar un criterio diferente al de los precedentes administrativos ya relacionados, en cuanto al plazo para solicitar la devolución, constituye una clara violación de la igualdad en la aplicación de la norma legal y al derecho a la seguridad jurídica, en consecuencia es procedente amparar a la señora (…) POR TANTO: A nombre de la República con base en las razones expuestas(…) esta Sala FALLA: (…) b) Declárase que ha lugar el amparo solicitado por la señora (…) por violación al derecho de igualdad en la aplicación de la ley y en consecuencia al derecho de seguridad jurídica.”⁷³⁶

Una vez declarado la existencia de la violación del derecho constitucional, los efectos del amparo son; en primer lugar la restitución del orden constitucional violado y la reparación del daño causado⁷³⁷; el primero se logra con la declaración de nulidad del acto, para que esta forma se vuelvan las cosas al punto en que se encontraban antes de incurrir a la violación constitucional; y el segundo efecto es declarar la responsabilidad por el daño causado, al haber violentado el derecho constitucional del administrado.

Es así como la Sala ha declarado sobre el efecto sustitutivo, en su sentencia del proceso de amparo ref. 948-2002, del 11 de julio del 2003, en

⁷³⁶ Vid. SSCNS del proceso de amparo constitucional con ref. 945-2002, del 07/08/2003. En dicho proceso de amparo constitucional la alegación de la existencia de precedentes administrativos, solo sirvió de base para determinar la existencia de la violación constitucional y no sirvió de base establecer que el amparo se otorgó en base solo al irrespeto del precedente administrativo, sino a los derechos constitucionales vulnerados, por no justificar el cambio de criterio.

⁷³⁷ Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. 193-2004, del 05/04/2005; ref. 33-2004, del 15/02/2005; ref. 204-2004, del 01/07/2005.

el fallo en el literal c) expone: “(...) (c) Vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes del acto reclamado, en el sentido de dejar sin efecto la resolución emitida (...) por no haber razonado el cambio del criterio sustentado en los casos idénticos resueltos con precedencia, aplicando disposiciones legales diferentes(...)”⁷³⁸

Es así como en El Salvador, se puede controlar la legalidad del precedente administrativo a través de diversas vías de impugnación⁷³⁹, como lo son a través de los recursos administrativos y acción contencioso administrativa; así como controlar directamente la legalidad de la administración a través del amparo constitucional⁷⁴⁰; por tanto dentro del derecho Salvadoreño, aun careciendo de una normativa administrativa especializada que regule tal situación, los intereses de los administrados pueden ser asegurados, al hacer uso tanto de las vías administrativas y judiciales; y es por esas razones la trascendencia del precedente administrativo en la actualidad.

30. LA CRÍTICA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR.

⁷³⁸ Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. 948-2002, del 11 de julio del 2003. La decisión de la sala se fundamenta en los argumentos de falta de motivación del cambio de precedente, por tanto es deducible que el precedente al establecer esa carga de motivación del acto, este puede ser anulado por ser considerado como un vicio de forma.

⁷³⁹ Vid. SSCAS bajo la ref. 29-T-1999, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, “La declaración que sustraiga o proscriba un acto del mundo jurídico puede provenir: a) de un ente judicial (...) o, b) de la propia administración.”

⁷⁴⁰ Nota: sin embargo se hace la aclaración, que la finalidad del amparo no es impugnar en si el acto administrativo, sino, que busca el respeto de los principios constitucionales informadores del sistema jurídico de El Salvador, no obstante, evidentemente un efecto del amparo, perseguido con toda seguridad por un administrado agraviado, será la anulación o en palabras de la Sala de lo Constitucional la *invalidación* del acto administrativo, aunque en todo caso no probando su mera ilegalidad sino la afectación trascendente de derechos de categoría constitucional, Vid. SSCNS del proceso de amparo ref. 179-2011, del 05 de abril del 2013.

Analizar una institución en un sistema jurídico determinado implica hacer un análisis, si dentro de la estructura normativa se reconoce la institución ya sea de forma directa o indirecta; y si dentro del catálogo jurisprudencial existe del mismo modo una aplicación completa o si existe alguna modificación a lo que la doctrina de los expositores del derecho han expuesto sobre los elementos y características que debe de poseer.

De las consideraciones anteriores, se partirá para hacer una crítica del llamado precedente administrativo, el cual deberá partir necesariamente, por establecer si se encuentra o no contemplado o desarrollado dentro del derecho administrativo de El Salvador; no se omite advertir, que de las críticas realizadas, han de tomar en cuenta a los elementos que configuran a la llamada doctrina del precedente en el Derecho Español.

30.1. ¿Existe el Precedente Administrativo en la Legislación Salvadoreña?

En este punto debe partirse, de la premisa que la expresión “precedente administrativo” en la legislación administrativa de El Salvador, no se encuentra regulada expresamente; pero no por ello se debe de descartar prematuramente la existencia de esta figura⁷⁴¹, ello, por que mediante el análisis de las leyes administrativas de derecho tributario⁷⁴², se han identificado indicios de un reconocimiento indirecto en la legislación salvadoreña.

⁷⁴¹ *Nota:* Situación similar en el derecho español al regular en art. 54.1 lit. c) de la LRJ-PAC el cual expone las razones por las que la administración deber motivar su acto y entre los motivos se encuentra: “c) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”; en la cual se hace un reconocimiento indirecto de la figura del precedente administrativo en el derecho Español.

⁷⁴² *Nota:* Se hace un análisis del derecho tributario puesto que en El Salvador se carece de un cuerpo normativo que regule un procedimiento administrativo común; de ahí que es dentro del Código Tributario, donde se han identificado algunos indicios de la posible regulación y desarrollo legislativo indirecto del precedente administrativo en El Salvador.

En un análisis sobre el Derecho Administrativo en El Salvador, el Dr. Mena Guerra establece que, de forma indirecta se reconoce al precedente administrativo en El Salvador a través de la llamada *doctrina legal*⁷⁴³ emanada del Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos; y de los criterios sostenidos por la administración *en razón de las consultas de los contribuyentes*⁷⁴⁴ a la administración tributaria.⁷⁴⁵

⁷⁴³ Vid. CODIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000. “Artículo 5.- Constituyen fuentes del ordenamiento tributario:

- a) Las disposiciones constitucionales;
- b) Las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley;
- c) Los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo; y,
- d) La Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.

Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.”

⁷⁴⁴ Vid. CODIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000. “Artículo 26.- La Administración Tributaria atenderá las consultas que se formulen por medio de escrito por el sujeto pasivo, su representante o apoderado debidamente acreditado sobre una situación tributaria concreta vinculada con su actividad económica, con relación a la aplicación de este Código y de las leyes tributarias.

El consultante deberá exponer con claridad y precisión, todos los elementos constitutivos del caso, para que se pueda responder la consulta y consignar su opinión, si lo desea.

La presentación de la consulta no suspende el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes.

La respuesta que haya sido emitida por escrito por el Director respectivo y se haga del conocimiento del interesado, no tiene carácter de resolución, no es susceptible de impugnación o recurso alguno y tendrá carácter vinculante para la Administración Tributaria, siempre que su contenido no contrarie disposición legal expresa y que la consulta haya sido realizada antes de producirse el hecho generador. La respuesta a la consulta dejará de ser vinculante para la Administración Tributaria cuando hayan sido modificadas las condiciones que la motivaron y la legislación aplicable; asimismo cuando la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las leyes emanadas de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina legal relacionada con las actuaciones de la Administración Tributaria establezcan criterios legales diferentes a los sostenidos por la Administración, en los términos establecidos en el artículo 5 de este Código.

Es potestad de la Administración Tributaria negarse a dar respuesta a consultas que no sean efectuadas por el contribuyente o responsable, cuando la consulta sea realizada por personas que no estén debidamente acreditadas.

La respuesta deberá emitirse dentro del plazo de 45 días hábiles contados a partir de la presentación de la consulta y sólo surtirá efectos en el caso concreto específicamente consultado.”

⁷⁴⁵ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 44. “En El Salvador no concurre una regulación general sobre el

Merecen especial análisis estas dos instituciones, porque a diferencia del reconocimiento normativo indirecto del derecho español, estas dos figuras normativas, no establecen los casos en los que la administración deberá de *motivar* algún cambio de criterio; sino que establecen algunos rasgos característicos de esta figura, que mediante una interpretación progresista y conforme a la constitución, puede afirmarse que son manifestaciones indirectas del reconocimiento del precedente administrativo en la legislación Salvadoreña.

30.1.1. La “Doctrina Legal” del Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas.

Esta figura se encuentra regulada en el art. 5 del Código Tributario, el cual se refiere a las fuentes del ordenamiento tributario, en el cual su inciso 2º establece que: “Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.”⁷⁴⁶

Los tres órganos que se mencionan en el artículo anterior, poseen competencias diferentes, por naturaleza y por finalidad; por una parte está la Sala de lo Constitucional, su competencia se encuentra delimitada a amparar a cualquier persona que se les hayan vulnerado sus derechos

precedente administrativo, sin embargo, el Código Tributario contiene dos figuras polémicas que recogen de forma implícita el precedente administrativo a través de la denominada doctrina legal emanada del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos (...) y la otra sería los criterios sostenidos por la administración tributaria en razón de las consultas hechas por los contribuyentes, las cuales tienen fuerza vinculante para decisiones futuras, siempre y cuando no sean contrarias a norma expresa”

⁷⁴⁶ Vid. CÓDIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000. Entre las fuentes del ordenamiento tributario el artículo 5 reconoce a las disposiciones constitucionales; las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley; los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo; y, la Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

constitucionales por los actos de la administración pública⁷⁴⁷; también se encuentra la Sala de lo Contencioso Administrativo, la cual el examen de su competencia versa sobre la legalidad de los actos de la administración⁷⁴⁸; y finalmente el Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos, que cuya competencia se encuentra en conocer de los recursos de apelación de la dirección general de impuestos internos y de la dirección general de aduanas.⁷⁴⁹

Al realizar un análisis sobre el art. 5 inc. 2º del Ctribs; se establece que entre la SCAS y la SCNS no hay duda alguna que su naturaleza es de carácter jurisdiccional; sin embargo en el caso del TAIIA⁷⁵⁰, nos encontramos frente a un Tribunal Administrativo⁷⁵¹; al cual mediante la lectura del art. 5 inc 2º, le da la facultad que sus resoluciones puedan de igual forma constituir

⁷⁴⁷ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. En el inc. 1º del art. 247 establece que: “Art. 247.- Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.”

⁷⁴⁸ Vid. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. N° 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978. “Art. 2.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.”

⁷⁴⁹ Vid. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS. D.L. N° 135, del 18 de diciembre de 1991, publicado en el D.O. N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991. “Art. 1.- El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas será el órgano administrativo competente para conocer de los recursos de apelación que interpongan los sujetos pasivos contra las resoluciones definitivas en materia de liquidación de oficio de tributos e imposición de sanciones que emita la Dirección General de Impuestos Internos. Además, tiene competencia para conocer el recurso de apelación de las resoluciones definitivas que emita la Dirección General de Aduanas en materia de liquidación de oficio de tributos, imposición de sanciones, valoración aduanera, clasificación arancelaria y origen de las mercancías.

⁷⁵⁰ Abreviatura de “Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas”

⁷⁵¹ Vid. MENDEZ, Melisa Angelina. “*Tribunales Administrativos*” en AAVV, Enciclopedia Jurídica Omeba. S. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba. S. F. “La expresión tribunales administrativos debe ser empleada con cuidado, ya que en nuestra organización institucional sólo puede ser usada para designar a tribunales técnicos de la administración, como por ejemplo los tribunales de cuentas. También es apropiado llamar de esa manera a los organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales por delegación del Poder Judicial, como por ejemplo, las aduanas, los departamentos del trabajo, los jueces de faltas municipales o policiales, etcétera. Y por último llámese con propiedad tribunales administrativos a aquéllos establecidos para el juzgamiento de las faltas disciplinarias de los empleados públicos, cometidas en el ejercicio de sus funciones específicas.”

una doctrina legal⁷⁵², desconociéndose de este modo si operaría de la misma forma que la proveniente de los órganos jurisdiccionales.

En el caso de TAlIA, se encuentra dentro de lo que en la doctrina se conoce como: *Tribunales administrativos con jurisdicción delegada*⁷⁵³ los cuales poseen facultades delegadas por el Estado para resolver ciertas cuestiones propias de la administración tributaria, de ahí que el Art. 5 del Ctribs, al reconocer la existencia de una doctrina legal proveniente de la administración, esto contrasta con la visión general que hasta este punto se ha realizado sobre el precedente administrativo.

Al tomar en cuenta esta consideración lógica de lo que se ha de entender como doctrina legal, se ha de establecer que la finalidad de la doctrina legal es la unificación de criterios, que históricamente está relacionada con el recurso de Casación⁷⁵⁴; en todo caso, el reconocimiento normativo de una vinculación de la administración a la existencia de una línea continua de resoluciones en el mismo sentido aplicables a casos semejantes, llevan consigo el germen de la figura del precedente administrativo, claro está que con una clara confusión legislativa, con relación a ambas figuras.

El concepto de doctrina legal ha de delimitarse; de ahí que resulta muy certera la propuesta que hace Ricardo Rivero Ortega, al exponer que: “el concepto de doctrina legal, entendemos que podría restringirse para el

⁷⁵² Vid. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003., p. 368. Sobre la crítica de la denominada doctrina legal expone que: “es una denominación criticable porque pareciera dar a entender que se trata de una doctrina que está en la ley, cuando en realidad no es así; en efecto, es el juez quien crea esa doctrina, al menos en parte, con el fin de interpretar la ley, guardando una congruencia razonable con dicha norma”

⁷⁵³ Vid. MENDEZ, Melisa Angelina. “*Tribunales Administrativos*”...*Ob Cit.* “(...) con el transcurso del tiempo y fundando el relajamiento de esa estrictez principalmente en la mayor idoneidad de los funcionarios administrativos para resolver cuestiones propias de la Administración, y la mayor celeridad de los trámites, por diversas leyes se fueron delegando en el poder administrador funciones de naturaleza jurisdiccional contencioso-judiciales y también de orden represivo.”

⁷⁵⁴ Nota: Es evidente que la doctrina legal está relacionada con el recurso de casación al ser uno de los motivos por el cual se puede anular una sentencia, por el motivo de infracción de o quebrantamiento de doctrina legal, el cual se encuentra fuera de los límites de la presente investigación.

criterio sentado por los Altos Tribunales al resolver procesos en los que no se enfrentan partes, sino que están únicamente dirigidos a ofrecer una interpretación objetiva del ordenamiento.”⁷⁵⁵

De ahí que tanto el amparo constitucional como el proceso contencioso administrativo, efectivamente cumplen con el objetivo principal de establecer criterios de interpretación de la normativa constitucional y administrativa. En cambio en el caso de las resoluciones del TAIIA sus resoluciones pueden ser revisadas mediante el proceso contencioso administrativo, no obstante causen firmeza en sede administrativa.

Lo interesante del caso, es lo que seguidamente establece el inc. 3º del art. 5 del Ctribs al exponer que: “Además la se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.” En este contexto se interpreta entonces, que se asimilan las resoluciones de un órgano administrativo con el concepto de jurisprudencia, puesto que el artículo hace alusión a la existencia de “tres sentencias uniformes”; cuando en realidad deberían de ser actos administrativo decisorios, para el caso específico del TAIIA.

Al respecto de dicha situación, expone el autor Ricardo Mena Guerra que: “la pretendida vinculatoriedad de la doctrina legal administrativa proyectada en el Código Tributario salvadoreño, atenta contra el sistema constitucional, en tanto que equipara los actos de un órgano administrativo con las sentencias del Órgano Judicial, quien constitucionalmente ostenta la

⁷⁵⁵ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. “*Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en el Derecho Público: Reconsideración de las Sentencias como Fuente de Derecho*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, N° 157, enero-abril, Madrid, 2002., p. 115. El autor hace un análisis de la figura de la doctrina legal para establecer que en efecto no ha de confundirse con el precedente que consiste en el respeto a los criterios anteriores de la administración y hace la crítica que la extensión de la figura de la doctrina legal, ha de delimitarse a criterios de los altos tribunales, a fin de cumplir con la función de unificar los criterios interpretativos.

función jurisdiccional propiamente dicha, confundiendo así precedente administrativo con jurisprudencia.”⁷⁵⁶ En tanto que la jurisprudencia encuentra su fundamento constitucional propio en el art. 172 de la Cn.⁷⁵⁷

Como consecuencia de lo anterior, el requisito de tres “sentencias uniformes” es necesario para que la doctrina legal pueda ser considerada como fuente del ordenamiento jurídico tributario; sin embargo, si el precedente (en los términos del precedente administrativo) no es una fuente de derecho en El Salvador⁷⁵⁸, y esta doctrina legal administrativa, posee carácter de fuente subsidiaria, es evidente, que la finalidad es vincular a la administración sobre la base de sus propias resoluciones, de ahí que el legislador incluyó en el ordenamiento jurídico tributario, una figura confusa, que contrasta con el precedente administrativo, y está más relacionada con el precedente judicial.

Es evidente, que se ha de considerar que es un precedente administrativo el que verdaderamente ha de vincular a la administración, pero no al elevar sus resoluciones al rango de fuente subsidiaria de derecho como lo es con la implementación de la *doctrina legal*; sino que sobre la base de la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, el cual no necesita este requisito de reiteración.

En la jurisprudencia de la SCNS, se ha expuesto con relación al principio de igualdad que: "es un derecho subjetivo que posee todo

⁷⁵⁶ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo... Ob Cit.*, pp. 44-45. El autor, expone que atenta contra el régimen jurídico del Art. 172 de la Constitución de la República de El Salvador.

⁷⁵⁷ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. En la cual el régimen judicial está regulado en el inc. 1° de dicho artículo, el cual expone que: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.”

⁷⁵⁸ Nota: Se hace una remisión para para mejor comprensión al tema 20 de la presente investigación, donde se desarrollan los diversos criterios que la doctrina del derecho administrativo ha plasmado en torno a la consideración del precedente administrativo como fuente de derecho.

ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas", de manera que un órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones.⁷⁵⁹

En El Salvador, el reconocimiento implícito del precedente administrativo, ha incluido un requisito no establecido en la doctrina como lo es la reiteración de resoluciones para desplegar los efectos vinculantes⁷⁶⁰; se hace esta afirmación porque, la doctrina legal en el ámbito administrativo no tiene cabida, puesto que la doctrina legal está circunscrita al ámbito del recurso de casación, que no opera respecto de las resoluciones administrativas⁷⁶¹, por tanto, esta regulación indirecta es el germen para su reconocimiento pleno dentro del derecho administrativo.

Sin embargo, se ha de desechar el concepto de doctrina legal, por ser inconveniente para el desarrollo del proceso administrativo en El Salvador, puesto que si se pretende por un lado enlazar directamente al precedente administrativo con el requisito de reiteración de tres o más resoluciones, se estará deformando su verdadera naturaleza del precedente administrativo,

⁷⁵⁹ Vid. SSCNS bajo la referencia 38-S-93, del 14/01/1997; M245-2000, del 30/10/2001; M741-2002, del 11/08/2003; M62-2006, del 22/02/2006. En las cuales la Sala ha enfatizado la obligación de los poderes públicos y dentro de estos se encuentra la administración pública; que en determinadas circunstancias semejantes deben de existir iguales consecuencias jurídicas.

⁷⁶⁰ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 118. "(...) el polémico artículo 5 de nuestro Código Tributario, que establece como fuente la doctrina legal emanada de un organismo administrativo como lo es el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, es decir, el precedente administrativo, conformado por tres fallos uniformes y no interrumpidos, en materias idénticas en casos semejantes. Quedando claro que la obligatoriedad de la referida doctrina legal (entiéndase precedente administrativo) quedaría singularmente circunscrita a la propia Administración, y con el fin de salvaguardar la igualdad de los administrados, y no por la costumbre per se."

⁷⁶¹ Vid. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. D.L. N° 712, publicado en D.O. No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008. "Art. 519.- Admiten recurso de casación: 1°. En materia civil y mercantil, las sentencias y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor. 2°. En materia de familia, las sentencias correspondientes en los términos que determina la Ley Procesal de Familia. 3°. En materia de trabajo, las sentencias definitivas que se pronunciaren en apelación, de conformidad a lo regulado en el Código de Trabajo."

sin embargo, puesto que su construcción es jurisprudencial, el reconocimiento normativo no limita al precedente mediante una norma escrita, porque su aplicación deviene directamente de los principios constitucionales.

Una crítica en términos idénticos, es la realizada por Ingrid Ortiz Baquero, quien al analizar el precedente administrativo expone que: “la doctrina en el Derecho comparado coincide en señalar que el precedente administrativo para que pueda operar no requiere de la reiteración, esto es, que basta una sola decisión para que pueda hablarse de precedente y para que la entidad administrativa tenga que argumentar las razones para decidir un nuevo asunto de forma distinta. En consecuencia, si bien se tiene la exigencia de tres decisiones uniformes en el ámbito jurisprudencial, resulta que en el contexto administrativo dicho requisito carece por completo de justificación”.⁷⁶²

Es aquí donde encontramos, una solución a esta problemática, si bien no se puede pretender mutar al precedente administrativo a través de la llamada doctrina legal, se reconoce en cierta forma la capacidad de la administración de vincularse a sus resoluciones, cuando estas deban de aplicarse a casos semejantes, constituyendo una base sobre la cual puede en algún futuro regularse los efectos de su aplicación como lo es la obligación de motivar el cambio de criterio en los mismos términos del

⁷⁶² Vid. BAQUERO, Ingrid Ortiz. “*El Precedente Administrativo en el Ámbito del Derecho de la Competencia: Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010*” en *Revista e-mercatoria*, Vol. 9, Nº 2. Colombia, 2010., p. 26. Al hacer el análisis del derecho colombiano, la autora llega identificar que la exigencia de la reiteración de tres resoluciones, carece de justificación por la naturaleza misma del precedente administrativo.

derecho Español, al regular en el art. 54.1 lit. c) la obligación de motivar el cambio de criterio precedente.⁷⁶³

30.1.2. Las “Respuestas de las Consultas” hechas a la Administración Tributaria.

La consulta tributaria, ha sido definida por R. Calvo Ortega como: “una manifestación de juicio de la administración a solicitud de un sujeto de derecho, sobre la aplicación de los tributos a un supuesto de hecho concreto”⁷⁶⁴; el cual han sido objeto de análisis dentro de diversos sistemas jurídicos, en el caso concreto de El Salvador, se encuentran reguladas en el Art. 26 del Código Tributario.⁷⁶⁵

Por lo tanto, lo primero que debe de existir es una solicitud del administrado, realizando la consulta antes que el hecho generador se produzca, cumpliendo con los requisitos del inc. 2 del citado art. 26, que establece que: “El consultante deberá exponer con claridad y precisión, todos los elementos constitutivos del caso, para que se pueda responder la consulta y consignar su opinión, si lo desea.”

Sin entrar a detalle sobre los requisitos de la misma, es importante mencionar que la exposición de los elementos consultivos, es trascendental, porque de ahí dependerá la fuerza vinculante que posea la respuesta; la cual solo será efectiva, si las circunstancias son las mismas y si no existe un

⁷⁶³ Vid. LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. Ley 30/1992 del 26 de noviembre. BOE número 285, del 27 de noviembre de 1992.

⁷⁶⁴ Vid. ORTEGA, R. Calvo. *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario*. 1º Edición, Editorial Civitas. España. S.F., p. 252.

⁷⁶⁵ Vid. CODIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000. En el inc. 1º del art. 26 expone que: “Art. 26.-La Administración Tributaria atenderá las consultas que se formulen por medio de escrito por el sujeto pasivo, su representante o apoderado debidamente acreditado sobre una situación tributaria concreta vinculada con su actividad económica, con relación a la aplicación de este Código y de las leyes tributarias.”

cambio normativo; entre los elementos consultivos y el caso en concreto; por tanto, el carácter vinculante de la consulta, en los términos que lo ha entendido la SCAS, puede verse afectado cuando esta tiene un pronunciamiento generalizado⁷⁶⁶, a consecuencia de una consulta hecha en términos generales y no lo suficientemente específicos.

Sobre su naturaleza jurídica, han sido relacionadas con el derecho de petición, reconocido en El Salvador en el art. 18 de la Cn⁷⁶⁷; sin embargo en el derecho español se discute sobre si es un acto administrativo de trámite o no⁷⁶⁸; problemática que podría plantearse también en El Salvador, porque de la misma forma que en España, reconoce la existencia de estos actos administrativos⁷⁶⁹; sin embargo, independientemente su naturaleza lo

⁷⁶⁶ Vid. SSCAS 51-O-2002, del 08/07/2004. En dicha sentencia, se declara que la consulta que emitió el director general de impuestos internos, ocasionó que existiera una interpretación errónea, en cuanto a la exención del impuesto sobre la renta de las cantidades obtenidas en concepto de remuneración, percibidas por el administrado; porque se interpretó de forma generalizada la exención fiscal Banco Interamericano de Desarrollo BID, con El Salvador; en la cual existe tal exención si el BID realiza pagos directos a los consultores, pero no comprendió el caso en que el BID, financiara un proyecto y que los pagos los realizara el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) al peticionario, por tanto la consulta no pudo ser vinculante; y sobre la misma la Sala expuso que: “(...) el contenido de tal respuesta de modo alguno puede incidir en la legalidad de la resolución de la Dirección General, no guarda vinculación alguna con el acto de liquidación del impuesto, el cual tiene su fundamento en la ley. La respuesta a tal consulta se dio de manera generalizada y de acuerdo a los antecedentes expuestos en su oportunidad; no generó derechos ni fundamento alguno que sustente la exención reclamada, la cual ha sido rechazada, no por cambios de criterios sino, por no estar regulada en la ley.”

⁷⁶⁷ Vid. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983. “Art. 18.- Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto.”

⁷⁶⁸ Vid. ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. *Naturaleza Jurídica y Efectos de las Contestaciones a Consultas Tributarias*. Documentos N° 28/2005. Instituto de Estudios Fiscales. España. 2005., p. 7. “(...) las consultas no constituyen una manifestación del derecho de petición. Se trata de derechos de distinta naturaleza. Así, mientras que el de consulta es un derecho de ámbito puramente normativo previsto en el ordenamiento como un instrumento más de asistencia e información a los ciudadanos en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el de petición, en cambio, es un derecho fundamental que permite dirigirse al poder establecido para pedir cosas a las que no se tiene estricto derecho. Además, el derecho de consulta no encaja dentro de ninguno de los supuestos de ejercicio del derecho de petición.

⁷⁶⁹ Vid. CÓDIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000. “Artículo 20.- Para los efectos de este Código, se entenderá por acto administrativo la declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la Administración Tributaria en el ejercicio de su potestad administrativa.”

importante a exponer, son sus efectos jurídicos, que se relacionan con la noción de precedente administrativo.

Sobre si se está frente a un precedente administrativo, debe de tenerse presente, que por naturaleza no es un precedente administrativo; sin embargo comparten algunas características; la más importante siendo la de generar efectos vinculantes hacia la administración pública; la no necesidad de reiteración alguna; y que sus efectos son hacia futuro.⁷⁷⁰

Sobre su carácter vinculante, el art. 26 del Código Tributario en su inc. 4º expone que: “La respuesta que haya sido emitida por escrito por el Director respectivo y se haga del conocimiento del interesado, no tiene carácter de resolución, no es susceptible de impugnación o recurso alguno y tendrá carácter vinculante para la Administración Tributaria, siempre que su contenido no contraríe disposición legal expresa y que la consulta haya sido realizada antes de producirse el hecho generador. La respuesta a la consulta dejará de ser vinculante para la Administración Tributaria cuando hayan sido modificadas las condiciones que la motivaron y la legislación aplicable; asimismo cuando la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las leyes emanadas de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina legal relacionada con las actuaciones de la Administración Tributaria establezcan criterios legales diferentes a los sostenidos por la Administración, en los términos establecidos en el artículo 5 de este Código.”⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Vid. ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. *Naturaleza Jurídica y Efectos de las Contestaciones a Consultas Tributarias... Ob Cit.*, p. 18 “el efecto vinculante significa que la Administración no puede separarse de lo dicho en la contestación vinculante respecto del sujeto consultante y, habría que entender que tampoco respecto del mismo supuesto de hecho en el futuro.”

⁷⁷¹ Vid. CÓDIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000.

Sin embargo también pueden determinarse, que si el precedente administrativo, es la aplicación de una solución jurídica en fundamento a la seguridad jurídica; la consulta tributaria, no encajaría con exactitud en el concepto de precedente, porque en sí misma, la respuesta de la consulta tributaria no es una resolución⁷⁷²; y por consiguiente, no puede ser impugnada⁷⁷³; sin embargo si será recurrible el acto administrativo que dicte la administración pública, al aplicar el criterio de la contestación⁷⁷⁴; por lo tanto el control de la legalidad, y la seguridad jurídica queda determinada con la emisión de un acto decisorio de la administración, que retome dicha respuesta consultiva.

Pero lo interesante, es su efecto vinculante de la administración hacia el futuro⁷⁷⁵; y por lo tanto, debe de existir un juicio de semejanza entre la respuesta dada por la administración pública, y la resolución que brinda en un caso concreto la misma administración; por lo que el juicio de semejanza, es posible por la concurrencia de identidad objetiva y subjetiva; y la

⁷⁷² Vid. SSCAS, del proceso con ref. 101-B-2003, del 13/10/2005. “La consulta es una figura instaurada por el Código Tributario, por medio de la cual los administrados pueden acceder a una respuesta de la Administración Tributaria, respecto de una situación tributaria concreta vinculada con su actividad económica y con la aplicación del cuerpo legal tributario. La respuesta de la consulta no es una resolución, pero es vinculante para la Administración Pública mientras subsistan las condiciones jurídicas bajo las cuales se emitió y, además, sólo surtirá efectos en el caso concreto específicamente consultado.”

⁷⁷³ Vid. VARELA BARRAZA, Yuri Alberto *La Consulta Vinculante en el Estado de Derecho*. 1º Edición. Abeledo- Perrot. Chile. 2009., p. 37. “El tema de la impugnabilidad o recurribilidad de las respuestas a las consultas tributarias ha sido objeto de arduo debate en el derecho comparado. En el derecho español hay quienes sostienen como CALVO VÉRGEZ que es precisamente la libertad que posee el consultante para seguir o no los conceptos expuestos en la respuesta de la Administración tributaria, fundamentada en el hecho de constituir una simple declaración de juicio, lo que determina que no sea en ningún caso recurrible la respuesta administrativa.”

⁷⁷⁴ Vid. QUERALT, Juan Martín y E tal. *Derecho Tributario*. 13º Edición. Editorial Aranzandi. España. 2008., p. 113. “La contestación a las consultas tributarias, *tendrá carácter informativo y no podrá ser objeto de recurso*, aunque si será recurrible, obviamente, el acto administrativo, que se dicte posteriormente en la aplicación del criterio mantenido en la contestación.”

⁷⁷⁵ Vid. SSCAS 51-O-2002, del 08/07/2004. “De igual forma la respuesta a una consulta surte efectos hacia futuro. Por ello se requiere que la presentación de la consulta se haga con antelación al hecho generador, pues sólo de esa forma el contribuyente podrá ajustar su conducta a la respuesta brindada. Este último hecho, de sujetar el comportamiento tributario en base a la respuesta obtenida de parte de la Administración, podría eximir al consultante de cualquier responsabilidad que surja como consecuencia de la aplicación del criterio brindado.”

factibilidad de poder determinar el término referente y el criterio relevante de comparación.

Por lo tanto, si el juicio de semejanza es superado y se advierte que son las mismas circunstancias fácticas y jurídicas; en ese caso la consulta expone sus efectos vinculantes⁷⁷⁶; que no solo se extiende a la relación entre el sujeto que hace la consulta y la administración, sino que es aplicable a todos los administrados que se encuentren en una situación semejante.⁷⁷⁷

Ahora bien, con relación a la seguridad jurídica que plantea la respuesta de la consulta, se tiene que es parcial; porque al no ser una resolución no puede generar derechos por sí, sino que solo genera una expectativa jurídica a los administrados; y por medio de la lectura del art. 26 del Código Tributario que la reconoce, sobre el cambio de criterio, no se establece ningún tipo de responsabilidad y sobre todo no tiene efectos vinculantes a los órganos jurisdiccionales.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ Vid. SSCAS del proceso con ref. 216-C-2001, del 28/03/2005. “Para que la consulta tributaria surta sus efectos es necesario que exista identidad entre el hecho producido, el supuesto de hecho tomado en consideración por la Administración Tributaria en el momento de emitir su respuesta y el planteamiento concreto brindado por el contribuyente. Es preciso por tanto, para que se produzca el efecto, que no se hubieran alterado las circunstancias, antecedentes y demás datos manifestados en el escrito de consulta. Cuando la autoridad tributaria responde a una consulta, lo hace teniendo en cuenta estrictamente los hechos relatados en el escrito de formulación. La respuesta es una interpretación de un supuesto concreto. Si las circunstancias o los hechos cambian, cambiará también la solución que haya de darse a ese supuesto. En otros términos, en las respuestas a consultas se procede a una interpretación de las normas tributarias directamente relacionadas con los supuestos fácticos a que la consulta se refiere y si tales supuestos se modifican, es posible que lo haga no solo la interpretación, sino incluso la normativa aplicable.”

⁷⁷⁷ Vid. QUERALT, Juan Martín y E tal. *Derecho Tributario...Ob Cit.*, p. 112. “La contestación tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la administración tributaria encargadas de la aplicación de los tributos. La vinculación se mantiene mientras no se alteren las circunstancias, antecedentes y demás datos obrantes en el escrito de consulta. Debe de resaltarse que la posición mantenida por la administración en la contestación *deberá aplicarse a cualquier obligado tributario, siempre y cuando se encuentre en la misma situación que quien elevó la consulta.*”

⁷⁷⁸ Vid. ORTEGA, R. Calvo. *Curso de Derecho Financiero I...Ob Cit.*, p. 259. “(...) parece innecesario decir que el cambio de régimen tributario desfavorable para el consultado no genera responsabilidad alguna para la administración tributaria (...) la consulta tributaria no vincula a los tribunales. No obstante será de utilidad en su formación de juicio para apreciar la diligencia necesaria en los sujetos pasivos y en el comportamiento concreto en relación con la consulta de que se trate.”

Sin embargo, dentro del derecho español, es de tener en cuenta para nuestro análisis que el cambio de criterio en los dictámenes de los órganos consultivos, debe de motivarse; o por lo menos eso se puede deducir de la lectura detenida del art. 54. Lit. c) del LRJ-PAC el cual establece que se deberán motivar los actos que: “c) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.”⁷⁷⁹

Situación que puede plantearse en El Salvador, porque la SCAS ha admitido que de alguna forma, la consulta genera derechos al administrado⁷⁸⁰; y por lo tanto, se puede establecer que el cambio de criterio de la consulta necesita su justificación debida, por tanto la figura del precedente administrativo, se regula de forma indirecta, lo que en gran medida es un avance, para su posterior reconocimiento como tal, como figura afín tanto de la doctrina legal administrativa, así como el de la respuesta de la consulta tributaria.

Sin perjuicio de esta regulación indirecta del precedente administrativo en la legislación salvadoreña, a través de la doctrina legal y de las consultas tributarias; es importante exponer, que su desarrollo, se encuentra en la jurisprudencia, la cual delimita al *precedente administrativo*, por lo que es

⁷⁷⁹ Vid. LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. Ley 30/1992 del 26 de noviembre. BOE número 285, del 27 de noviembre de 1992. Este artículo establece la obligación de motivar el cambio de criterio de los dictámenes de órganos consultivos, sin distinción alguna. Vid. ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. *Naturaleza Jurídica y Efectos de las Contestaciones a Consultas Tributarias...Ob Cit.*, p. 18. Sobre la regulación de la LRJ-PAC, expone que: “(...) se ha consagrado como regla general el carácter vinculante de todas las contestaciones a consultas. Se trata sin duda alguna de la principal novedad introducida en materia de consultas, que debe desde luego valorarse muy positivamente desde el punto de vista de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad”

⁷⁸⁰ Vid. SSCAS 51-O-2002, del 08/07/2004. “Si la situación planteada en el escrito de consulta coincide con los hechos que posteriormente constate la Administración Tributaria, el consultante podrá hacer valer el criterio manifestado en la respuesta, siempre y cuando la opinión que emita la oficina se adecue al principio de legalidad. De lo contrario, procede la aplicación de la ley en debida forma, con la salvedad que el contribuyente estaría exonerado de cualquier infracción cometida como consecuencia de aplicar el criterio "erróneo" brindado por la Administración. Lo anterior implica, que las opiniones que emita la Administración como consecuencia a una consulta planteada por el contribuyente *de modo alguno le generan derechos*; en todo caso, el derecho lo otorga la ley, que es la que en última instancia debe prevalecer sobre cualquier respuesta.”

necesario hacer un análisis de la jurisprudencia salvadoreña, que la reconoce y que en alguna medida desarrolla directa o indirectamente, los requisitos y efectos jurídicos propios de esta figura jurídica.

31. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE EL SALVADOR.

El precedente administrativo en El Salvador ha tenido un desarrollo jurisprudencial muy limitado, las razones de esto podría atribuírsele a la poca importancia que se le brinda a esta figura y su desconocimiento; pero es precisamente en la poca jurisprudencia que se reconoce la existencia del precedente administrativo, el cual solo es admisible a través del sustento de la igualdad, seguridad jurídica⁷⁸¹ y de la interdicción de la arbitrariedad.

Por tanto, lo que se pretende en este apartado es hacer mención de las sentencias emitidas desde la SCAS y SCNS, en la que se exponen algunos de los elementos relacionados con el reconocimiento del precedente administrativo en El Salvador, con sus respectivas críticas u observaciones en su caso.

31.1. Sentencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador.

a) Sentencia ref. 741-2002, del 11 de julio del año 2003: “el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten arbitrarias o injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables.”⁷⁸²

⁷⁸¹ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo... Ob Cit.*, p. 44. “Se destaca que el precedente administrativo sólo es admisible a través del sustento de la igualdad y la seguridad jurídica y no por la mera repetición de actos de la Administración.”

⁷⁸² Vid. SSCNS del proceso con referencia 741-2002, del 11/07/2003; vid. SSCNS del proceso con ref. 946-2002, del 11/07/2003. En diversas Sentencia de la Sala de lo constitucional, se ha establecido el alcance y límites del principio de igualdad en la aplicación de la ley, y siendo este principio el

Es necesario partir de la excepción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, puesto que es relevante establecer que al igual que todos los otros derechos constitucionales, no es de carácter absoluto. De la misma forma la SCNS ha determinado que la prohibición recae sobre desigualdades arbitrarias. En este aspecto es importante hacer mención sobre lo que ha de considerarse como una desigualdad arbitraria.

Lo relevante de este pronunciamiento es la determinación sobre lo que ha de ser una desigualdad arbitraria, por tanto si en una decisión administrativa, no existen esos *criterios objetivos*, sobre los que ha de caer la valoración de la administración, o si existe un criterio que ha utilizado la administración y este ha sido ignorado por ella misma, y no brinda una justificación que permita deducir que existen criterios objetivos y razonables como para dejar de aplicar de la misma forma la ley en casos semejantes; de ahí que es imperativa la motivación de los actos administrativos, que permita entender las razones que justifican una aplicación diferente en casos iguales.

Pero la adición de una *motivación* en sentido material dentro de un acto administrativo, no debe de ser un requisito objetivo para excepcionar la aplicación del principio de igualdad, sino que debe de ser razonable tanto objetivamente como subjetivamente, y en caso de no ser considerados los motivos como válidos o justificados; en tal caso se estará frente a una desigualdad injustificada, y por ello podrá ser impugnada tanto dentro del proceso administrativo, como también mediante de un proceso contencioso administrativo, y eventualmente también por medio de un amparo constitucional.

El problema sería, la causal de nulidad, si los motivos no son razonados, al realizarse un análisis de la legalidad, nos encontramos que

principal pilar del precedente administrativo, es pertinente hacer referencia a él, porque a partir de su entendimiento y reflexión, la fuerza vinculante del precedente administrativo, es más comprensible a través de la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

solo puede suceder esto, en las facultades discrecionales, las cuales por naturaleza; pueden ofrecer diversas opciones *legalmente validas*; sin embargo, en este tipo de facultades entra en juego, la concurrencia de una posible *desviación de poder*⁷⁸³, que como se ha expuesto, puede ser una razón de impugnación del acto. Por tanto el valor del precedente en este sentido, servirá solo para probar dicha desviación; la cual se deberá de contrastar con los efectos concretos que tiene el acto impugnado.

De ahí la importancia de hacer un análisis sobre la motivación del acto; y la importancia del precedente administrativo como un mecanismo probatorio, en fundamento, del irrespeto de la administración pública, del principio de igualdad en la aplicación de la ley; y el principio de legalidad administrativa.

b) Sentencia ref.946-2002 día once de julio de 2003. “la igualdad es un derecho subjetivo que posee todo ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, lo cual no implica una igualdad absoluta, que obligue siempre a tratar de igual forma todos los supuestos idénticos: lo que sí supone es que en aquellos casos en que se trate de forma distinta dos situaciones entre las que exista una identidad sustancial, ésta diferencia debe estar suficientemente razonada.”

La flexibilidad del precedente administrativo, se encuentra plasmada en esta sentencia de la Sala de lo Constitucional, la que reconoce por una parte que el principio de igualdad no es de carácter absoluto, y esto es así y debe de serlo, porque la regla de la inercia del precedente solo es aplicable

⁷⁸³ Vid. MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo, Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Vol. 3, Editorial Harla, 1997., p. 72. “Cuando el servidor público actúa de manera incorrecta al ejercer facultades discrecionales, comete un acto arbitrario. A este ejercicio arbitrario es a lo que la doctrina llama desvío de poder; es decir, el uso exorbitante de las facultades que la ley otorga, al no ponderar adecuadamente los factores que determinan el origen y la finalidad de la actuación.”

cuando las circunstancias han de ser las mismas; pero por el contrario si se trata de situaciones diferentes, no es imperativo aplicar el precedente, pero se ha de motivar la no aplicación del precedente por tal motivo.⁷⁸⁴

Ahora bien, el acto que constituye un precedente administrativo, es un acto decisorio; por lo tanto bajo la premisa de una presunción de legalidad administrativa, en caso que exista un trato diferenciado entre dos situaciones semejantes, deberán existir razones que justifiquen, el quebrantamiento del precedente administrativo; sin embargo, resulta importante establecer ciertos elementos.

Por una parte, si se trata de cuestiones semejantes, pero existe un trato diferente, nos encontramos frente a un cambio del precedente administrativo; cuyo razonamiento ha de ampararse, no en *un criterio irrelevante de diferenciación*⁷⁸⁵; sino que deberá existir, un criterio *relevante* de diferenciación; entre las cuales, sería un cambio normativo; la existencia de un interés público, frente al interés del administrado; y también, una corrección de un vicio de ilegalidad.

En el orden de las ideas, en ningún momento la Sala expone que se trata de situaciones diferentes, y que tendrán trato diferente, sino que hace alusión del caso que se encuentra frente a situaciones semejantes; que en base al principio de igualdad, *deberían*, tener una aplicación semejante que

⁷⁸⁴ Vid. CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. “La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa” en la Revista Chilena de Derecho, vol. 28, N° 1, 2001., p. 155. “si el precedente fue aplicado a un caso distinto al cual se aboca la administración, no cabe aplicar el dicho precedente. En el sistema del *case law*, uno de los métodos para asegurar una mayor flexibilidad del sistema del *stare decisis* consiste en establecer que el precedente invocado no es tal, porque los hechos en los cuales se funda no son los mismos.”

⁷⁸⁵ Vid. TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica*. 1º Edición. Consejo Nacional de Judicatura- Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2004., p. 12. “Se expresa en el principio de no-discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras, no se consideran relevantes –dichas condiciones- y no justifican por tanto, un trato desigual. Bajo este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales. Así, en los casos de diferencias por rasgos físicos, caracteres y cualidades de los seres humanos, la ley no puede establecer un trato discriminatorio por dichas cualidades. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social no implica por se la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico.”

el caso anterior; pero en este caso en particular, la Sala expone, solo la obligación de razonar, lo cual no establece con exactitud, los motivos por los que será válido, dicho cambio en el precedente, por lo que se han de valorar según las reglas generales para el cambio de criterio del precedente administrativo.

c) **Sentencia ref. 945-2002, del 7 de agosto del año 2003:** “cuando exista una completa similitud en los sujetos y en las circunstancias objetivas de casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente sea el mismo en ambas situaciones. Sin embargo, si la Administración decide efectuar un cambio de criterio respecto del mantenido en resoluciones anteriores, debe razonar la justificación para modificarlo, es decir, poner de manifiesto las razones objetivas que la han llevado a actuar de forma distinta y a desechar el criterio sostenido hasta entonces, debido a la trascendencia de derechos y principios constitucionales que pueden verse conculcados.”⁷⁸⁶

La crítica parte de la diferencia entre el concepto de *identidad* y *similitud*⁷⁸⁷; como es conocido entre los elementos necesarios para utilizar el precedente administrativo es la existencia de una “identidad objetiva y subjetiva”; este uso indeterminado del concepto de similitud e identidad, supone que por una parte, que al usar el término *similitud*, puede de alguna forma flexibilizar la aplicación del precedente, por su significado lingüístico.

Cuando la Sala determina que la similitud ha de ser en los sujetos, quiere decir, que el ámbito de aplicación del precedente ha de ser siempre ante el mismo órgano administrativo que emitió el acto precedente, por tanto

⁷⁸⁶ Vid. SSCNS del proceso con referencia 945-2002, del 07/08 2003; vid. SSCN del proceso con referencia 948-2002, del 11/07/2003.

⁷⁸⁷ Vid. PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas...Ob Cit.*, p. 6. “debe distinguirse entre *igualdad e identidad*. Esta última significa que un y el mismo objeto corresponde a sí mismo en todas las características: nombre y descripción, por ejemplo. Asimismo, debe distinguirse entre *identidad y similitud*, dado que este último concepto se refiere a una mera aproximación en algún sentido.”

no se podrá alegar un precedente administrativo si este proviene de un órgano diferente;

También es criticable que la palabra “criterio” no establece con claridad si se refiere a *la ratio decidendi* o al *decisum*, es decir, los motivos o valoraciones de derecho han de ser las mismas o si la decisión ha de ser la misma; estas dos interpretaciones presentan por una parte, una confusión de pretender vincular a la administración mediante al uso del precedente administrativo a que el *decisum* sea el mismo, en casos idénticos, cuando lo que en realidad crea el precedente es una vinculación argumentativa.

Sin embargo, ha de considerarse que no está del todo erróneo este planteamiento puesto que, si bien la *ratio decidendi* y el *decisum* se refieren a cosas diferentes, poseen una relación de dependencia porque si las valoraciones de derecho son diferentes, en algunos casos la decisión es diferente; pero esto ha de analizarse con cautela y detenimiento, porque inversamente, si la decisión es la misma, no necesariamente han de ser los mismos motivos que la fundamentan.

De ahí que el precedente administrativo para que tenga plena aplicación, debe de relacionar principalmente los motivos de derecho (*ratio decidendi*), y luego el sentido de la decisión (*decisum*); para poder tomar como parámetro de comparación en un juicio de semejanza, el acto anterior frente al que se tenga presente.

Por otro lado el cambio de criterio, no es al arbitrio del juez, pero ha de recordarse que el precedente administrativo al aplicarse dentro de las facultades discrecionales⁷⁸⁸, permite que el ámbito de elección de la administración sea mayor; pero sin importar que sea una facultad

⁷⁸⁸ Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamento y Eficacia Vinculante...Ob Cit.*, p. 454. “La aplicación del precedente administrativo, solo se admite cuando la administración actúa en ejercicio de potestades discrecionales. Es decir cuando el legislador ha puesto a disposición de la Administración un margen de libertad para decidir conforme a una líneas directrices, ponderando las circunstancias de cada caso.”

discrecional, el cambio de criterio ha de cumplir los requisitos, ya sea de corrección normativa, interés público, o que el precedente sea ilegal, en estos casos la carga de motivación, justifica el cambio de criterio, y por tanto el precedente cambia de forma legítima y sobre todo legal.

Los efectos del cambio de criterio que se plantean, es el hecho de *desechar* el criterio anterior, es decir que el cambio se realiza de forma general y no de forma *individual* o para el caso en concreto, de ahí que la trascendencia del precedente, es que se aplica a las relaciones futuras de la administración pública con relación a otros administrados, dentro una relación en donde exista semejanza fáctica y jurídica; de ahí que para mantener la igualdad en la aplicación de la ley, si existe un cambio de criterio será general y no cabe la posibilidad de aplicar la técnica del *defeasibility*, el cual pretende crear una excepción a la aplicación del precedente vinculante dentro del sistema del *common law*.⁷⁸⁹

Por otra parte reconoce que justificar o mejor dicho el motivar el cambio de criterio, debe de comprender aspectos objetivos que permitan exponer razones lógicas relativas a que el cambio de criterio es necesario; y sobre todo la Sala reconoce la importancia del precedente, por la incidencia directa de los principios constitucionales que lo fundamentan.

d) Sentencia ref. 367-2005, del 20 de febrero del 2007; hace mención expresa del precedente administrativo: “el deber del funcionario o la Administración Tributaria en este caso, de razonar todos los actos dictados que se separen del criterio seguido en actuaciones anteriores, *lo que en doctrina se ha denominado el precedente administrativo*, es decir, aquella actuación de la Administración que, de algún modo, vincula en lo sucesivo sus actuaciones, en cuanto a fundamentar sus resoluciones en contenidos

⁷⁸⁹ *Nota:* Para mayor comprensión y entendimiento sobre el precedente en el Common law, remítase al tema 18.2.2 de la presente investigación, que hace un análisis sobre los requisitos para la aplicación del precedente en el *common law*.

similares para casos semejantes, a fin de respetar el derecho de igualdad a los contribuyentes y evitar las arbitrariedades por parte de la Administración.”⁷⁹⁰

La Sala en esta sentencia establece que es *deber* del funcionario “razonar” los actos dictados, que de una u otra forma se separen del criterio de los actos precedentes; es decir a razonar jurídicamente el cambio de criterio seguido en las actuaciones anteriores; el razonamiento jurídico debe de ir acompañado del razonamiento práctico⁷⁹¹, es decir a solucionar jurídicamente la situación planteada en el caso concreto, lo que configura en todo caso la justificación del cambio de criterio de la administración pública.

La Sala define al precedente administrativo, y expone ciertas características; establece la Sala que el precedente administrativo es una actuación de la administración⁷⁹²; y esencia lo es, el precedente administrativo se puede analizar a través de la ciencia de la administración, así como, a través, del derecho administrativo, es una figura que se encuentra entre estas dos áreas de estudio; su aplicación procura mantener al principio de inercia y universalización.

Al precedente administrativo en El Salvador, se le reconoce jurisprudencialmente que genera una vinculación, que es limitada a la argumentación del acto en casos semejantes; pero, en este entendido la importancia del precedente no se encuentra solo en el valor argumentativo que posee, sino que su irrespeto es considerado como una vulneración de los principios constitucionales; por tanto el valor vinculante, no deviene del

⁷⁹⁰ Vid. SSCNS del proceso ref. 367-2005, del 27/02/2007.; vid. SSCNS del proceso con ref. 947-2002, del 07/07/2003.

⁷⁹¹ Vid. ALONSO MÁZ, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1998., p. 41. “El razonamiento práctico busca, en primer lugar, hallar una solución al problema jurídico planteado en cada caso que sea conforme a las reglas de la racionalidad práctica.”

⁷⁹² Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo...Ob Cit.*, p. 175. “El Precedente administrativo no es más que una actuación administrativa, que en cuanto tal, afina o depura los criterios legales para ajustarlos a la realidad”

precedente mismo, sino de la aplicación de los principios constitucionales que son informadores del sistema jurídico de El Salvador.

La Sala ha determinado que la fundamentación de las resoluciones en casos semejantes, es un control de la discrecionalidad administrativa⁷⁹³, por tanto, el precedente administrativo, se configura como un mecanismo de control de la arbitrariedad de la administración pública.

31.2. Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

a) Sentencia ref. 371-2007, del 24 de febrero del 2010, ha establecido que: “La doctrina ha asentado que la aplicación del principio de igualdad tiene varias posibilidades, entre éstas, especialmente, la llamada vinculación del precedente. En efecto, la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias semejantes, viola el principio de igualdad. La Administración, ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica. Sin embargo, el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho.”⁷⁹⁴

En especial esta sentencia es interesante en cuanto reafirma la relación entre el principio de igualdad y el llamado precedente administrativo; sin embargo cuando la Sala de lo Constitucional hace alusión a “*la llamada vinculación al precedente*”; en un primer momento, no hace alusión expresa al precedente administrativo como tal; sino al principio del precedente⁷⁹⁵, que se considera como una adaptación del *stare decisis* en el derecho

⁷⁹³ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*” ...*Ob Cit.*, p. 43. “La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se autolimita en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones.”

⁷⁹⁴ Vid. *SSCAS del proceso con referencia 371-2007, del 24/02/2010*. En este proceso la Sala para desestimar la pretensión de la parte actora, quien alegó un quebrantamiento de un precedente administrativo, por parte del Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos, agregó que dicho precedente no vincula con rango de fuente por tanto no existe una obligación de respetarlo, sino una obligación de motivar su cambio de criterio.

⁷⁹⁵ Nota: para su mejor comprensión véase el tema 18.3 sobre el precedente judicial en El Salvador.

continental; que se relaciona al ámbito de la argumentación y razonamiento jurídico.

No obstante, la Sala reconoce que la vinculación del precedente administrativo trasciende de una simple *vinculación argumentativa*; y la traslada a una *obligación de resolver conforme al precedente*, al establecer que: “ante supuestos idénticos, debe *decidir de manera idéntica*”. Sin embargo, el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho”; acá se observa como la Sala ha expuesto que la obligación del respeto al precedente, no se encuentra en los motivos de derecho, es decir, no se limita a la *ratio decidendi*; al contrario según esta sentencia, el imperativo para la administración pública, en base al principio de igualdad, es con relación al *decisum*; de esta manera, está obligando a la propia administración a *resolver conforme al precedente administrativo*; en el sentido de la decisión de la administración.

De ahí que la contradicción se encuentra en que, si se expresa que el precedente no vincula con carácter de fuente de derecho, la obligación de resolver conforme al sentido del precedente administrativo, es contradictoria; en tanto, la posibilidad de que por una parte, la administración *deba resolver*, de forma idéntica en situaciones idénticas; está haciendo alusión a una *obligación de la Administración*, nacida precisamente del acto precedente por aplicación directa del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley; y por otra que al reconocer lo anterior, automáticamente le otorga al precedente la calidad de fuente, porque establece por una parte una obligación, cuya interpretación inverso, es que, si es una obligación de la administración, en ese caso será un derecho de los administrados exigirlo.

Sin embargo, el hecho que se establezca que no existe vinculación con rango de *fuentes de derecho*; es vital, para su interpretación; porque al ceñirnos, a la naturaleza del precedente administrativo, en efecto no es una

fuelle de derecho para los administrados; y por tanto se ha de determinar, el tipo de vinculación que posee en ese caso. La Sala de lo Constitucional, ha expuesto que el precedente administrativo, *vincula en cuanto a fundamentar de forma similar en contenidos similares*; por tanto, por razones obvias, la vinculación ha de ser argumentativa; que en este caso en específico, la Sala de lo Contencioso fue más allá de la simple obligación argumentativa.

b) Sentencia ref. 85-F-2004, del 2 de octubre del año 2009.

Estableció que: “El Principio de Igualdad, de rango constitucional y aplicable a todas las actuaciones de la Administración, es límite del poder discrecional, el ejercicio de éste debe ajustar a las exigencias de dicho principio. Por ello se ha hablado de la irracionalidad de la desigualdad, cuando *la actividad administrativa ha dado tratamientos distintos a supuestos en esencia idénticos*.”⁷⁹⁶

De la aplicación general, del principio constitucional de igualdad en su sentido amplio⁷⁹⁷; es deducible que si el precedente administrativo es una manifestación objetiva, de este principio contenido en el precedente, el límite que establece la Sala con relación a los poderes discrecionales, ha de entenderse que también es el ámbito de aplicación del precedente administrativo.

⁷⁹⁶ Vid. SSCAS del proceso con referencia 85-f-2004, del 02/ 10/2009.

⁷⁹⁷ Nota: Contendida en esta concepción la aplicación de la igualdad en la ley, ante la ley y en la aplicación de la ley respectivamente. Vid. SSCAS del proceso con ref. 102-E-2003, del 19/01/2006. En el caso de la sentencia, la parte actora ha demandado en un proceso contencioso administrativo, a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones por la emisión de los siguientes actos: 1) resolución número T-257-2003, (...) la cual se revoca la concesión otorgada a favor de la sociedad demandante para la explotación del espectro radioeléctrico para servicios de difusión televisiva (...) y, 2) resolución número 502-A-2003, dictada por la Junta de Directores de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (la Junta de Directores) el diez de julio de dos mil tres, en la que se confirma la resolución descrita en el número anterior. La actora expuso que se vulneró el principio de igualdad en la aplicación de ley, porque alega que solo a su representada se le ha revocado la concesión y no a otras empresas que se encuentran en la misma calidad de no haber usado el espectro de comunicación por el periodo de ocho años.

La doctrina provee la clasificación de potestades discrecionales y regladas, donde frente a una regla tan general que expresa que este principio constitucional de igualdad es “límite a los poderes discrecionales”; sin embargo, consideramos que no es un motivo para desechar la posible aplicación del precedente administrativo en las potestades regladas, que contengan un margen de apreciación mínimo; como ejemplo dentro de los conceptos jurídicos indeterminados; cuya delimitación corresponde en ocasiones a la misma administración que establece de forma propia, mediante una labor interpretativa el alcance y su significado tanto positivo como negativo en cada caso, no obstante que el concepto admitirá una única solución justa que podría variar en el tiempo de parte de la administración.

Se deduce la aplicación del precedente administrativo, por ser la igualdad un límite a las potestades discrecionales; y como anteriormente se ha expuesto, el reconocimiento de este principio en el derecho administrativo, conlleva a considerar que ante supuestos semejantes, las consecuencias jurídicas han de ser las mismas; reconociendo que el precedente administrativo, no opera únicamente dentro de una relación individualizada frente a la administración; y por lo tanto se desecha de esta forma, su vinculación con la *teoría de los actos propios*⁷⁹⁸; por crear, el precedente administrativo una vinculación argumentativa, en una potencial pluralidad presente y futura de casos semejantes con intervención de distintos administrados.

⁷⁹⁸ Vid. MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo...Ob Cit.*, p. 41. “(...) se debe de señalar sin ambages, que existen diferencias entre ambas figuras, así, el precedente administrativo, como se ha establecido, es una actuación pasada de la Administración que, relativamente, supedita sus actuaciones presentes, exigiéndole una resolución similar para casos parecidos, jugando un rol importante en el conjunto del ordenamiento como garantía de diversos principios generales del Derecho. Por su parte, la doctrina de los actos propios prohíbe ir en contra de actuaciones emanadas por el mismo órgano administrativo, en el cual existe una conexión entre el actor anterior y posterior, y como consecuencia, los sujetos afectados son los mismos.

La identificación de los llamados *supuestos idénticos*, en la aplicación del principio de igualdad, supone el cumplimiento del requisito de identidad subjetiva y objetiva, y sumado a la consideración constitucional de la Sala sobre el principio en mención, se ha de tener presente que tanto los requisitos de identidad y de aplicación del precedente en las potestades discrecionales, son necesarios para establecer o validar la aplicación del precedente administrativo.

A modo de conclusión, como se ha observado el precedente administrativo como tal, es una figura que está reconocida dentro de la jurisprudencia de El Salvador; sin embargo, al contrastar las figuras normativas que recogen en cierta forma el precedente administrativo, se tiene que es regulado de forma más bien indirecta; pero si podemos afirmar, que la aplicación de la figura del precedente administrativo en el sistema jurídico salvadoreño, es posible; ello, aun sin contar con el reconocimiento expreso en la ley secundaria.

Por esa razón, es necesario replantear en el derecho administrativo, la aplicación del precedente administrativo frente a los principios constitucionales⁷⁹⁹, dejando de ser solo argumentos en el plano subjetivo; y relacionar al precedente administrativo, como el mecanismo probatorio en el plano concreto y objetivo de su vulneración. Advirtiéndose que en la medida del conocimiento y distinción de figuras afines al precedente administrativo, dicha teoría encontrará, justificada como relevante su existencia y un desarrollo pleno en el sistema jurídico administrativo en El Salvador, con

⁷⁹⁹ Vid. *Ibidem.*, p. 45. “(...) el precedente administrativo en El Salvador, debe ser un vínculo unificador de los criterios de la administración pública, cuyo sustento descansa en el principio de igualdad y en otros principio generales del Derecho, sin embargo, su aplicación debe de ser reflexiva, ponderando cuidadosamente la similitud de circunstancias bajo la comparación, la juricidad del precedente administrativo que se invoca y el interés público en juego.”

despliegue de una capacidad persuasiva y de técnica obligatoria para la administración⁸⁰⁰.

⁸⁰⁰ *Vid. DÍEZ SASTRE, Silvia. El Precedente Administrativo... Ob Cit., p.159. A manera o en alguna medida, como lo que la autora citada observa que ocurre con relación al precedente judicial en España en la actualidad “(...) se percibe como derecho por la comunidad jurídica (...)”*

CONCLUSIONES.

Realizado el estudio introductorio a la figura del precedente administrativo en el funcionamiento de la actividad administrativa, se establecen las siguientes conclusiones:

1º) La organización administrativa burocratizada muestra una combinación entre beneficios e inconvenientes prácticos; la uniformidad y la estabilización de un sistema organizativo es beneficioso para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones; pero la adopción de parámetros o reglas estandarizadas crean prácticas ineficientes.

2º) Los hábitos administrativos constituyen una herramienta organizativa cuyas aspiraciones de eficiencia y eficacia, pueden ser convertidas en rutinas devastadoras para aquellas funciones que requieren de una racionalización técnica- jurídica; por ello en la administración pública, sin importar que tan repetitivas sean sus funciones, no es conveniente uniformar todas sus actividades; si bien se acepta que la misma naturaleza del funcionario público, permite la creación y estabilización de rutinas en las actividades administrativas; los límites legales y la singularidad fáctica de cada situación, obliga a la administración pública a priorizar entre el hábito y la razón, en donde la razón debe ser el mecanismo legitimador de cada actuación administrativa.

3º) El elemento racional y normativo del precedente administrativo, constituye una gran diferencia con las demás manifestaciones de comportamiento administrativo, distinguiéndose así el precedente administrativo de la costumbre como fuente de derecho administrativo, la práctica y las prácticas administrativas y la rutina administrativa; sin embargo,

comparten un elemento común, en cuanto todas nacen de la repetición, reiteración y conservación de comportamientos administrativos de forma temporal en el ejercicio de su actividad.

4º) En la actividad administrativa, es un error pensar que cualquier “precedente de la administración” constituye verdaderamente un “precedente administrativo”; para la configuración del precedente administrativo, se deben de cumplir ciertos requisitos, como identidad subjetiva, objetiva, fáctica e incluso normativa; por lo que el precedente administrativo tiene un campo especial, siendo este el derecho administrativo, diferenciándolo de los demás comportamientos pertenecientes al estudio de la ciencia de la administración.

5º) El precedente administrativo en su concepción doctrinaria como jurídica, presenta ciertas particularidades, donde incluso puede existir argumentos contrarios entre sí; consistentes en considerar al precedente administrativo como una reiteración constante de una línea de criterios; o si se trata de un solo criterio adoptado de manera uniforme, para resolver cuestiones prácticas, relacionadas al ejercicio del facultades discrecionales de la administración pública.

6º) La concepción del precedente administrativo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no se puede expresar tajantemente un criterio uniforme, teniendo así un significado dual, entre una técnica de comparación cuya finalidad es la de presentar la uniformidad en la aplicación de una libertad electiva que la ley habilita, bajo el límite de los principios constitucionales; y por otro lado como una técnica de eficacia organizativa, en la cual la administración pública, al mantener estandarizados y generalizados los comportamientos administrativos, en casos cuya similitud sea notoria, permite adecuar las actuaciones futuras para evitar desgastes

innecesarios, lo cual conlleva a la utilización eficiente de los recursos administrativos; por ello el precedente administrativo siempre está entre la vinculación normativa y la eficacia aplicativa.

7º) Por la relación y especialmente por la vinculación positiva de la administración pública a la ley, se establece que las facultades administrativas son limitadas y otorgadas por el ordenamiento jurídico, por lo que declarar que el ejercicio de una potestad discrecional es una excepción al principio de legalidad o que se relacione con la arbitrariedad y desviación de poder, es erróneo porque la facultad discrecional solo es otorgada por la ley.

8ª) El estudio de las potestades regladas y discrecionales, permiten desarrollar el campo de aplicación del precedente administrativo, por lo que se acepta de manera generalizada que solo se aprecia en el ejercicio de facultades discrecionales; lo cierto es que no importa que tan reglada sea una facultad administrativa, ésta siempre tendrá un componente de discrecionalidad para su interpretación, por lo que no puede negarse la posibilidad de aplicar el precedente administrativo en el ejercicio de una facultad reglada, ampliando más allá de las facultades discrecionales la conveniencia o no del precedente administrativo en el sistema salvadoreño.

9ª) En cuanto al precedente administrativo, sin perjuicio de lo establecido en la actual jurisprudencia, la doctrina establece que puede tener aplicación en la actividad discrecional técnica de la administración, como en aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados; esto no quiere decir, que el precedente sea un criterio de interpretación, sino al contrario el precedente funciona como una forma de garantizar que el significado de dicho concepto jurídico, tanto de la discrecionalidad técnica, como de los

conceptos indeterminados, sea la misma en casos similares, de esa forma se controla que el cambio de interpretación por parte de la administración pública, deba de ser razonado y justificado, en fundamento de principios constitucionales y de la razón normativa y fáctica del caso.

10ª) El carácter vinculante del precedente administrativo, nace de la aplicación directa de los principios constitucionales de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad; y no del precedente mismo, por lo tanto el precedente administrativo se manifiesta como una forma de control sobre la discrecionalidad administrativa y la aplicación de un límite normativo constitucional.

11ª) El precedente administrativo y el principio de igualdad poseen la misma estructura interna, por lo que para establecer de manera eficiente lo que se ha de entender como precedente administrativo y lo que ha de descartarse como tal, se deben identificar con exactitud los elementos referentes, y los criterios de comparación para realizar el juicio de semejanza, que permita identificar si estamos frente a una trato desigual o no de la administración.

12ª) Al igual que en el derecho Español, en El salvador se presenta el precedente administrativo como un comportamiento más de la administración pública, el cual requiere un estudio crítico, que comprenda desde los elementos esenciales de su formación, hasta establecer cuáles son los efectos que tiene dentro del derecho administrativo para contribuir con ello con su evolución y correcta aplicación.

13ª) El precedente administrativo como un tipo especial de precedente no normativo, se encuentra tanto en el derecho anglosajón como en el

derecho continental de derecho, sin embargo su aplicación difiere en tanto que para el *common law* parte de la regla del *stare decisis*; en cambio para los países El Salvador y España, la aplicación del precedente parte de la aplicación de diversos principios constitucionales que brindan fundamento a la aplicación del precedente administrativo. De ahí que el carácter vinculante y no obligatorio del precedente administrativo sea proveniente de los principios constitucionales y no del propio precedente.

14ª) La autovinculación no debe confundirse con el precedente administrativo como tal, de ahí que al conocer la diferencia entre ambas instituciones, es posible delimitar el ámbito de aplicación del precedente administrativo sin caer en el error de incluir dentro de un concepto amplio de precedente administrativo a los actos de administración que no pretenden crear, modificar o reconocer cierta situación jurídica de los administrados, sino que su única función es la de crear directrices de funcionamiento de la administración.

15ª) El precedente administrativo, no puede configurarse de forma plena como una fuente de derecho, las razones se encuentran que la administración está vinculada a la ley no solo de forma positiva sino también de forma negativa, por tanto no puede crear una obligación en fundamento a su actuación particular e individualizada, por tanto, el precedente es una técnica de reducción de la arbitrariedad que su función consiste en limitar el cambio de criterio, cuando la administración haya resuelto un caso similar, sobre los mismos hechos y aplicando el mismo derecho; por tanto, el carácter de fuente no puede configurarse en El Salvador.

Sin embargo, por la determinación social de las fuentes de derecho, hay que tener presente que en la actualidad no lo es; pero no se debe olvidar

la constante actualización del derecho administrativo, por tanto, la virtualización del precedente administrativo como fuente de derecho, en algún futuro podría tener cabida en el sistema jurídico Salvadoreño.

16ª) La posibilidad que el precedente administrativo pueda tener una aplicación retroactiva, no se ha de confundir con los efectos retroactivos del acto; sin embargo la figura del *consiguiente administrativo*, resulta interesante y por tanto no se descarta la posibilidad de la existencia de algún estudio especializado que exponga el grado de desarrollo que esta figura pueda tener dentro de la jurisprudencia nacional como extranjera; y de esta forma actualizar el derecho administrativo a las exigencias que la jurisprudencia día con día tiene que resolver frente a las pretensiones de los administrados.

17ª) El control del precedente administrativo a través de la vía administrativa o la vía judicial, ha de recaer en todo caso en el cumplimiento por una parte de la obligación de motivar el cambio de criterio con relación al mantenido con anterioridad, lo que a grandes rasgos constituye el elemento principal del precedente administrativo; sin embargo en el análisis de legalidad, la ilegalidad ha de entenderse en los casos de la facultades discrecionales, se ha de entender de una forma mucho más amplia, puesto que el vicio de desviación de poder, es difícil de probarlo, por tanto el precedente administrativo, sirve tanto en sede jurisdiccional como administrativa, como un medio probatorio idóneo para controlar el quebrantamiento injustificado, ya sea por motivo de ilegalidad o de quebrantamiento de los principios constitucionales.

18ª) Sobre la calidad de la consulta tributaria, y sus efectos vinculantes que posee para la administración pública; es importante

reconocer que, de una forma muy concreta se está reconociendo el valor vinculante, en razón de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, de los criterios interpretativos de la normativa tributaria, en los casos que puedan superar el test de semejanza, entre la respuesta de la consulta; por tanto, sobre la posible extensión del concepto de precedente administrativo en los términos que la doctrina ha expuesto, no es posible; pero constituye una figura que puede propiciar un reconocimiento normativo del precedente administrativo, como una figura similar, que de igual forma vincula a la administración, en fundamento a los principios constitucionales que amparan y le dan valor vinculante a la consulta tributaria.

19ª) La doctrina legal administrativa, en los términos comprendidos en el Código Tributario, no puede ser considerada como precedente administrativo, sin embargo, el hecho que se le otorguen cierto valor a las decisiones administrativas, de forma reiterada, es el primer peldaño para reconocer el valor del precedente administrativo, en los términos que la jurisprudencia ha planteado, en la que basta un solo acto para que este sea precedente administrativo y por tanto sea aplicable mediante el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en casos que pueda realizarse un juicio de semejanza, entre los hechos y los derechos de los administrados frente a la posible decisión de la administración.

20ª) El precedente administrativo en los términos que es desarrollado en la doctrina, ha nacido a través de la construcción, valoración y corrección jurisprudencial, por tanto, es deber de la jurisprudencia delimitar con claridad lo que ha de ser precedente administrativo dentro del sistema jurídico administrativo, y para ello es necesaria la incorporación de ciertas cargas a la administración, relacionadas con la valoración de la decisión anterior en casos semejantes, y sobre todo los requisitos que ha de cumplir la administración pública, para poder cambiar su criterio anterior; para evitar de

esta forma la existencia de una aplicación arbitraria de la ley; la inseguridad y desigualdad en la aplicación de la ley por parte de la administración frente a los administrados.

21ª) El valor trascendental de la jurisprudencia, ha contribuido a la valoración e incorporación del precedente administrativo en el derecho administrativo salvadoreño; pero no obstante el esfuerzo jurisprudencial al reconocimiento y delimitación de la figura, hace falta aun mucho desarrollo, dentro del sistema administrativo de El Salvador; porque no se plantean más casos de uso del precedente administrativo, fuera del ámbito tributario; por tanto, el estudio y conocimiento de esta figura, por parte de los litigantes, contribuirá a su desarrollo jurisprudencial, en la medida que los operadores del sistema judicial, se familiaricen y entiendan al precedente administrativo de forma mucho más completa, y así desarrollarlo dentro del derecho en El Salvador.

22ª) El grado de inmadurez del derecho administrativo en El salvador, limita el desarrollo del precedente administrativo, en otros ámbitos fuera de la administración tributaria, por la carencia de una normativa general que regule y unifique los elementos comunes de los procedimientos administrativos; que establezca de forma concreta la obligación de motivar el cambio de criterio precedente, y su eventual consecuencia de anulación y la determinación de la responsabilidad del funcionario y del Estado. Sin embargo, mediante la aplicación supletoria y sistemática del sistema jurídico salvadoreño; y a través de la aplicación directa de los principios constitucionales en el control de la legalidad de los actos administrativos, puede utilizarse el precedente administrativo como un mecanismo de control de la arbitrariedad administrativa, en los casos que se vulneren los principios de igualdad en la aplicación de la ley, prohibición de la arbitrariedad administrativa y de seguridad jurídica.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.

ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. *Naturaleza Jurídica y Efectos de las Contestaciones a Consultas Tributarias*. Documentos Nº 28/2005. Instituto de Estudios Fiscales. España. 2005.

AFTALION, Enrique R. y VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*, tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

AGUSTIN GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 1º, 5ª edición, fundación de derecho administrativo. Buenos Aires. 1998.

- *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 3º, 8ª edición, fundación de derecho administrativo. Buenos Aires. 2004.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. 1º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. S. E. Palestra Editores, Lima, 2008.

- *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1º Edición. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO MÁS, M. José. *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. 1ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

ANGEL BEKQAITZ, Miguel, en “Facultades Discrecionales y Facultades Regladas Vinculadas a la Ley en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. S. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba. TOMO 11. S. F.

ARAGÓN, Manuel. *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N.88. Universidad Autónoma de México, 2002.

ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “¿Es el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Español?” en AAVV, *El Acto Administrativo como Fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. S. Ed. S.E. 2009.

ARROUY, Pedro Luis. *"Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno"* en Revista electrónica Cartapacio de Derecho, vol. 16, Argentina, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*. 1º Edición. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales. España, 1997.

BAÑO LEON, José María. *"Igualdad como Derecho subjetivo Publico"* en RAP, Centros de Estudios Constitucionales, Núm. 114. Septiembre-diciembre, Madrid. 1987.

BAQUER, Martin Retortillo. *El Reto de una Administración Racionalizada*. Editorial Civitas, S. Ed. Madrid, 1983.

BELADIEZ ROJO, Margarita. *"La Vinculación de la Administración al Derecho"* en RAP, Centro de Estudios Constitucionales. Nº 153, septiembre-diciembre, Madrid, 2000.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 1º Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2005.

– *"El Precedente en Colombia"* en la Revista Derecho del Estado nº 21, del mes de diciembre. Colombia. 2008.

BERTRAND GALINDO, Francisco y ETAL. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, 2º Edición, San Salvador, 1996.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional*. T. II, Ediar. Buenos Aires, 1969.

BOLIVAR GALINDO, Cielito (Directora). *Las Garantías de Seguridad Jurídica*. 2ª Edición, Colección Garantías Individuales, Nº 2, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. S.E. Ediciones Paidós. España, 1993.

BREWER CARIAS, Allan-Randolph. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Colección Tesis de Doctorado, Publicación de la Facultad de Derecho, de la universidad Central de Venezuela, Editorial Arte, Caracas, 1976.

BURGOA O., Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 40ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

C. MOSHER, Frederick y CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la Administración*. S. Ed. Editorial RIALP. Madrid, 1961.

CARBONELL, Miguel (Compilador). *El principio Constitucional de Igualdad*. 1º Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.

CÁRDENAS GARCIA, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2005.

CARMONA, Francisco Racionero. *Temas de Derecho Administrativo I*. Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ. Consejo Nacional de Judicatura, San Salvador. S.F.

CARPIZO, Jorge y ETAL. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I. México. 1982.

- *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo IV. México. 1984.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo VII. México. 1984.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo VIII. México. 1984

CAZORLA PRIETO, L. *Temas de Derecho Administrativo*. 3ª edición, escuela de inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1983.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Reimpresión de la Sexta Edición Actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.

- *Derecho Administrativo*. Tomo II. Séptima Edición actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2002.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo. “*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia Administrativa*” en la Revista Chilena de Derecho, vol. 28, Nº 1, 2001.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administración de Recursos Humanos*. 5º Edición, Editorial Mc Graw Hill, Colombia, 2000.

CHUAYFFET CHEMOR, Emilio. *Derecho Administrativo*. Reimpresión de la 1º Edición, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1983.

COMADIRA, Julio Rodolfo (director). *Curso de Derecho Administrativo*. S.E. 1º Edición. Argentina. S.F.

COSTA, JOAQUIN. *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*. S. Ed. S. E. Madrid, 1880.

DÍEZ-PICAZO, José M. “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 98, mayo-agosto, Madrid, 1982.

DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamento y Eficacia Vinculante*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

- “*La Fuerza Vinculante del Precedente Administrativo*” en la Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 143. España. 2009.

DURAN MARTINEZ, Augusto. “*El Precedente Administrativo*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Nº. 5, segunda temporada. Montevideo. 2010.

ESCHMIDT-ASSMANN, Berhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Traducción de la 1º Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid. 2003.

ENTRENA CUESTA, Rafael. “*El Principio de Igualdad ante la Ley y su Aplicación en el Derecho Administrativo*” en RAP, Centro de Estudios Políticos. Nº 37, enero abril, Madrid, 1962.

ESCOBEDO, José Galván. *Tratado de Administración General*. Ediciones INAP. 8º Edición revisada. 1980.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Tratado general de procedimiento administrativo*. 1ª Edición. Ediciones Depalma, Argentina, 1975.

FARRANDO, Ismael y MARTINEZ, Patricia R. (Directores). *Manual de Derecho Administrativo*. Reimpresión de la 1º Edición. Editorial Depalma, Buenos aires, 1999.

FERNANDEZ, Claro J. “*La Burocracia como Tradición*” en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 100-102. Enero-diciembre 1983.

FERNANDO NIETO y OTROS. *Manual de Justicia Administrativa*. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. 2000.

FIGUEROA, Francisco José. “*La Costumbre*” en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. S. Ed., Editorial bibliográfica Omeba. TOMO 5. S.F.

FIORINI, Bartolomé. *Manual de Derecho Administrativo*. S. Ed. t. 1º, Editorial La Ley, Buenos aires, 1968.

– *Derecho Administrativo*. T. 1º, 2ª edición., Abeledo-Perrot .Buenos Aires, 1995.

FRATTI DE VEGA, Karla y MENA GUERRA, Ricardo. *Régimen de los Servidores Públicos en El Salvador*. 1º Edición. Asociación Salvadoreña de Derecho y Desarrollo ADESA. El Salvador, 2012.

FREIXES SANJUAN, Teresa; y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. “*Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional*” en la Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, Nº 35, mayo – agosto, 1992.

GALINDO CAMACHO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública*. Editorial Porrúa. 1º edición, México, 2000.

GAMERO CASADO, Eduardo. *Temas de derecho Administrativo II*. S. Ed., Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. AECI – CNJ. Consejo Nacional de Judicatura, San Salvador, 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Vol.1, 5º Edición, Editorial Tirand lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*” en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 38, mayo- agosto, 1962.

- *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, S. Ed., S.E. 1984.
- “*¿Es Inconveniente o Inútil la Proclamación de la Interdicción de la Arbitrariedad como Principio Constitucional?*” en RAP. , Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 124, enero- abril, 1991.

GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 13ª edición, editorial Civitas. Madrid, 2006.

GARCIA MARTIN, Isabel. “*Usos de Comercio y Moderna Lex Mercatoria*” en AAVV, *Historia de la Propiedad, Costumbre y Prescripción*. VI encuentro Interdisciplinar, Fundación Registral. España, 2006.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1974.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Derecho de los Servidores Públicos*. 1ª Edición, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2002.

GARZÓN MARTÍNEZ. Juan Carlos y E tal. *Derecho Procesal Contencioso Administrativo*. 1º Edición, S. E., Colombia. S.F.

GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, S. E. Madrid, 1987.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. “*Igualdad y Respeto al Precedente*” en Revista Derecho y Libertades Instituto Bartolomé de las Casas, temporada octubre-marzo, Madrid, 1993.

- *Interpretación Constitucional*. 1º Edición, CNJ- ECJ, El Salvador, S.F.

GASCON AVELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. 1º Edición, CNJ- ECJ, El Salvador, 2003.

GHERSI, Carlos A. y E tal. *Responsabilidad de los Funcionarios Públicos*. Reimpresión de la 2º Edición. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1987.

GISPERT, Carlos (director). *Océano Uno, Diccionario enciclopédico Ilustrado*. Grupo Editorial Océano. S. Ed. Madrid. 1991.

GLADDEN. E.N. Una *Historia de la Administración Pública I, desde los primeros siglos hasta el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición en español, S. E. México, 1989.

- *Una Historia de la Administración Pública II, desde los primeros siglos hasta el siglo XXI*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición en español, S.E. México, 1989.

GORDILLO, AGUSTIN. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 3º, 8ª edición, fundación de derecho administrativo. Buenos Aires. 2004.

- *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. 1º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012.

GRACIANO RAMOS, Juan y Et. Al. *Cuerpo Auxiliar Administrativo*. Vol. 1, 2º Edición, Editorial MAD, España, 2003.

GUERRERO, Omar. *El Funcionario, el Diplomático y el Juez*. 1º edición, editorial INAP, México, 1998.

GUEVARA QUINTANILLA, Miguel Antonio. *El derecho a la Buena Administración*. S. Ed. Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 2010.

HELLRIEGEL, Don; y SLOCUM, John W. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Thomson. España. S. F.

HUTCHINSON, Tomás; y BIGLIERI, Alberto. “*Breves consideraciones del Precedente Administrativo*” en la Revista de Investigación Jurídica IUS. Año 2, N° 3. S.F.

IGLESIAS, Juan. *Las Fuentes del Derecho Romano*. Editorial Civitas, Madrid, 1989.

ILDARRAZ, Benigno; ZARZA MENZAQUE, Alberto R.; y VIALE, Claudio Martin. *Derecho Constitucional y Administrativo*. 2º Edición, Editorial Eudecor, Argentina, 2001.

ITURRALDE SESMA, VICTORIA. *El precedente en el common law*. S. Ed. Editorial Civitas, Madrid, 1995.

JAIME WILLIAMS. “*Las Fuentes del Ordenamiento Jurídico en Chile*”, en la revista de Ciencias Jurídicas. Proyecto de Reforma Judicial Republica de el salvador, Nº I, año I, San Salvador, 1991.

JINESTA LOBO, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. T.1, Biblioteca Jurídica Dike. Costa Rica, 2001.

JOSSERAND, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Editorial José M. México, 1946.

LÍNDBLOM, Charles E. *The Policy-Making Process*. S. E., S. Ed., 1968.

LEGUINA VILLA, Jesús. “*Principios Generales del Derecho y Constitución*” en RAP. Centro de Estudios Constitucionales, Nº 114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987.

LORA, ALEJANDRO HUERGO. “*La Desigualdad en la Aplicación de Potestades Administrativas de Gravamen: Remedios Jurídicos*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 137. Mayo-agosto. Madrid, 1995.

- “*La Motivación de los Actos Administrativos y la Aportación de Nuevos Motivos en el Proceso Contencioso-Administrativo*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 145. Enero-abril, Madrid, 1998.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I*, Buenos Aires, 1961.

MANUEL OSSORIO. *Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales*. 1ª Edición Electrónica. Destacasa S.A. Guatemala. 1998.

MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Décima Edición. Editorial Plus Ultra, Argentina, 1997.

MARÍA DÍEZ, Manuel y E tal. *Acto y Procedimiento Administrativo*. 1º Edición, Editorial Plus Ultra, Argentina. 1975.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. T.1º. 5ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

– *Tratado de derecho Administrativo*. T. 2º, 5ª edición, Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

MARROQUÍN DE LEÓN, Ana Gloria. “*Motivación de los Actos Tributarios y Administrativos*” en Boletín de la Unidad de Divulgación del Tribunal de Apelaciones de los impuestos Internos y Aduanas (UDITAIIA), Tercera Época. N° 71, año 18 julio-agosto-septiembre, El Salvador, 2010.

MARTIN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 24ª Edición, Editorial Aranzadi S.A. España. 2005.

MARTINEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo, diccionarios Jurídicos temáticos*. Vol. 3, editorial Harla, 1997.

– *Derecho Administrativo*. 2º Curso, 4ª Edición, Colección Textos jurídicos Universitarios, México. 2005.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa*. Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1ª Edición, México, 2007.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*. 1º Edición. Editorial Aranzandi, España, 2005.

MENA GUERRA, Ricardo. *Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*. USAID, Talleres Gráficos UCA, 1ª Edición, El Salvador, 2011.

- *Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador*. 1º Edición, El Salvador, 2005.
- *Una Aproximación a las fuentes en el Derecho Administrativo*. S. E. S. Ed. S. F.

MONTARON ESTRADA, Gloria. “*La Práctica Administrativa como Fuente de Derecho Administrativo*” en Revista Jurídica La Ley del 5 de junio. Año LXXIII, N° 106. Tomo 2009-C. Argentina. 2009.

MONZÓN, Lissett Loretta. *Comentario Exegético a la ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. 1º Edición. Ediciones Legales, Perú, 2011.

MORINEAU, MARTA. *Introducción al Common Law*. 2º reimpresión de la primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. “*Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo General*” en la Revista Gaceta Jurídica 3ª edición Lima. 2004.

MOUCHET, Carlos y BECÚ, Ricardo Zorraquin. *Introducción al Derecho*. Reimpresión de la duodécima edición actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos aires. S. F.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. T. II S. E. Editorial lustel, 2006.

NEGRON PORTILLO, Mario y SANTANA RABELL, Leonardo. *La Administración Pública de Puesto Rico ante el Siglo XXI*. 1º Edición, Escuela Graduada de Administración Publica, facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 1996.

NELSON NICOLLIELO. *Diccionario del Latín Jurídico*. Editorial B de F. Reimpresión. Buenos Aires. 2004.

OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª Edición, Editorial Porrúa. México. 1997.

OLLERO, Andrés. *La Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente Judicial*. 2º Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

ORGAZ, JORGE y ETAL. *Derecho Procesal Administrativo II*. 1º Edición. Alveroni Ediciones. Argentina, 2004

ORTIZ DÍAZ, José. “*El Precedente Administrativo*” en *RAP*, Centro de Estudios Constitucionales, año VIII, Nº 24, septiembre-diciembre, Madrid, 1957.

ORTIZ SANCHEZ, Mónica; y PEREZ PINO, Virginia. *Léxico Jurídico para Estudiantes*. 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2004.

OVIEDO, Carlos García. *Derecho Administrativo*. 8º Edición, S. Ed. Madrid, 1962.

PASTOR, SANTAMARIA. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. 1º reimpresión de la primera edición. Editorial CEURA, Madrid, 1991.

PEÑARUBIA IZA, Joaquín M. “*La Moderna Jurisprudencia sobre la Discrecionalidad Técnica*” en *RAP*, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 136, enero – abril, Madrid, 1995.

PEREZ PORTILLA, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. 1º Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.2005.

PUIG BRUTAU, José. *Estudio de derecho Comparado, la Doctrina de los actos Propios*. S. Ed. Editorial Ariel, Barcelona, 1951.

QUERALT, Juan Martin y E tal. *Derecho Tributario*. 13º Edición. Editorial Aranzandi. España. 2008.

R. BOSSINI, Francisco y GLESSON, Mary. *Diccionario Bilingüe de terminología Jurídica*. 2ª Edición, Editorial McGraw-Hill. España, 1998.

R. BRITO, Mariano. “El Acto Administrativo como Fuente de Derecho” en AAVV, *El Acto Administrativo como Fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. S.E. 2009.

RAMIREZ CARDONA, Carlos. *Fundamentos de Administración*. 2º Edición, Eco Ediciones, Bogotá, 2002.

RAMON PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoctava edición. Marcial Pons. Madrid. 2010.

– *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*. S. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2008.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “*Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en el Derecho Público: Reconsideración de las Sentencias como Fuente de Derecho*”, en RAP, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 157, enero-abril, Madrid, 2002.

RIZO OYANGUREN, Armando. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. 1º Edición, Editorial UNAN, Nicaragua, 1992.

ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. 10ª Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2004.

RODRIGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. “*Una Introducción al Art. 3 de la Constitución: Aspectos generales sobre el Derecho de Igualdad*” en AAVV, *Revista Justicia de Paz*, AECJ-CNJ, año VI - Vol. I, Mayo – Agosto, El Salvador. 2003.

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*. 1º Edición, Editorial EUNED, Costa Rica, S.F.

SÁINZ MORENO. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad Administrativa*. S. Ed. Editorial Civitas, Madrid. 1976.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *“La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano”* en la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Nº 20, año X, Montevideo. 2011.

- *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez.* Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2ª Edición, México, 1994.

SERRAS ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo.* Octava Edición, T. 1º, editorial Porrúa, México, 1977.

SHARKANSKY, Ira. *La Administración Pública, la política frente a la burocracia.* Editores Asociados S.A., 2º Edición, México, S.F.

SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes.* Vol. 1, 4º Edición, Editorial jurídica de Chile, 1992.

- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del derecho Público y Estado Solidario.* Vol. 6, 1º Edición, Editorial jurídica de Chile, 1996.

SODERO, Eduardo. *Sobre el Cambio de los Precedentes.* Isonomía, Núm. 21, octubre 2004.

SUÁREZ LLANOS, Leonor. *“Razón Práctica y Argumentación en Maccormick: De la descripción a la Justificación Crítico-Normativa”*, en Revista Derecho y Libertades. Instituto Bartolomé de las Casas. Nº 15, Época II, junio, Madrid. 2006.

SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Argumentación Jurídica.* Cuadernos de Trabajo, Universidad Autónoma de México, 1ª Edición, México, 2009.

TINETTI, José Alberto y E tal. *Igualdad Jurídica.* 1º edición. Consejo Nacional de Judicatura- Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2004.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho.* 14ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

VARELA BARRAZA, Yuri Alberto *La Consulta Vinculante en el Estado de Derecho*. 1º Edición. Abeledo- Perrot. Chile. 2009.

VELA PEÓN, Antonio Alberto. “*El Precedente Administrativo. ¿Aplica en Materia Tributaria?*” en Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, año IV. Nº 9. México. 2012.

VELIS, Carlos Adrián. *El Amparo en la Ley Salvadoreña*. 1º Edición. Editoriales J.R. El Salvador, 2008.

VILLAR PALASÍ, José Luis. *Curso de Derecho administrativo*. S. Ed. S.E. Madrid, 1968.

VON IHERING, Rudolf. *El Fin en el Derecho*. S. Ed. Editorial Heliastra. Argentina, 1978.

ÍNDICE LEGISLATIVO.

1. EL SALVADOR.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.L. Nº 634, del 15 de abril de 1952, publicado en el D.O. Nº 77, Tomo 155, del 25 de abril de 1952.

LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES. D.L. Nº. 2996, de fecha 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. Nº 15, T. 186, del 22 de enero de 1960.

CÓDIGO DE COMERCIO. D.L. Nº 671, del 8 de mayo de 1970, publicado en el D.O. Nº 140. Tomo 228, publicado el 31 de julio de 1970.

CÓDIGO DE TRABAJO. D.L. Nº. 15. De fecha del 23 junio del año 1972. Publicado en el D.O. Nº 142, tomo 236, con fecha del 31 de julio del año 1972.

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. Nº 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. Nº 236, Tomo 261, el 19 de diciembre de 1978.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO MUNICIPAL. D.L. n° 274, del 31 de enero de 1986, publicado en el D.O. N° 23, Tomo N° 290, el 5 de febrero de 1986

LEY DE PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DEL ARRESTO O MULTA ADMINISTRATIVOS. Emitida mediante el D.L. N°. 457, el 1 de marzo de 1990, publicada en el D.O. numero 70, tomo 306, el 21 de marzo de 1990.

LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS. D.L. N° 135, del 18 de diciembre de 1991, publicado en el D.O. N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991.

LEY REGULADORA DE LA PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DEL ALCOHOL Y DE LAS BEBIDAS ALCOHOLICAS. D.L. n° 640 de fecha 22 de febrero de 1996, publicado en el D.O. N°. 47, Tomo. 330, el día 7 de marzo de 1996.

CODIGO TRIBUTARIO. D.L. N° 230, de fecha 14 de diciembre del año 2000, publicada en el D.O. N° 241, Tomo 349, publicado el 22 de diciembre del año 2000.

LEY ORGÁNICA DE AVIACIÓN CIVIL. D.L. N° 582 de fecha 18 de octubre del 2001. Publicado en el D.O. N° 198, T. 353 el 19 de octubre del 2001.

LEY DE COMPETENCIA. D.L. n°. 528 del 22 de diciembre del 2004, publicado en el D.O: N° 240, Tomo 365, publicado el 23 de diciembre del 2004.

LEY DE ÉTICA GUBERNAMENTAL. Emitida mediante el D.L. numero 1038, de fecha 27 de abril del 2006; publicada en el D.O. numero 90, T. 371 del 18 de mayo del 2006.

CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. D.L. N° 712, publicado en D.O. No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. D.L. N° 776 de fecha 31 de agosto del 2005, publicado en el D.O. N° 166, T. 368 el 8 de septiembre del 2009.

1. ESPAÑA.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. Real Decreto de 24 de julio de 1889.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, del 31 de octubre de 1978, BOE 29 de diciembre de 1978.

LEY DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO COMÚN. Ley 30/1992 del 26 de noviembre. BOE número 285, del 27 de noviembre.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

1. EL SALVADOR.

1.1. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sentencia del proceso ref. M3-S-1992, del 09/03/1993.
- Sentencia del proceso ref. 17-95, del 14/12/1995.
- Sentencia del proceso ref. 1-92, del 19/08/96.
- Sentencia del proceso ref. 38-S-93, del 14/01/1997.
- Sentencia del proceso ref. 17-T-96, del 20/03/1997
- Sentencia del proceso ref. 28-H-95, del 30/05/1997.
- Sentencia del proceso ref. 45-B-95, del 27/05/1997.
- Sentencia del proceso ref. 317-19, del 26/05/1998.
- Sentencia del proceso ref. 62-97, del 21/07/1998.
- Sentencia del proceso ref. 317-97, del 26/08/1998.
- Sentencia del proceso ref. 407-97, del 13/11/1998.

- Sentencia del proceso ref. 337-99, del 18/02/1999.
- Sentencia del proceso ref. 48-98, del 17/12/1999.
- Sentencia del proceso ref. 14-2000, del 11/01/2000.
- Sentencia del proceso ref. 369-99, del 04/04/2000.
- Sentencia del proceso ref. 642-99, del 26/06/2000.
- Sentencia del proceso ref. 15-98, del 07/09/2001.
- Sentencia del proceso ref. M245-2000, del 30/10/2001.
- Sentencia del proceso ref. 426-2000R, del 30/10/2001.
- Sentencia del proceso ref. I41-2000, del 13/11/2001
- Sentencia del proceso ref. 41-2000Ac, del 13/11/2001.
- Sentencia del proceso ref. 245-2000, del 30/11/2001.
- Sentencia del proceso ref. M225-2001, del 24/05/2002.
- Sentencia del proceso ref. M100-2001, del 24/05/2002.
- Sentencia del proceso ref. M233-2001 del 28/05/2002.
- Sentencia del proceso ref. 28-2002, del 08/04/2003.
- Sentencia del proceso ref. 741-2002, del 11/07/2003.
- Sentencia del proceso ref. 946-2002, del 11/07/2003.
- Sentencia del proceso ref. 945-2002, del 07/08/2003.
- Sentencia del proceso ref. M741-2002, del 11/ 08/2003.
- Sentencia del proceso ref. M738-2002, del 28/10/2003.
- Sentencia del proceso ref. 1263-2002, del 07/01/2004.
- Sentencia del proceso ref. I52-2003AC, del 01/04/2004.
- Sentencia del proceso ref. 9-2003 del 22/10/2004.
- Sentencia del proceso ref. 33-2004, del 15/02/2005.
- Sentencia del proceso ref. 193-2004, del 05/04/2005.
- Sentencia del proceso ref. 204-2004, del 01/07/2005.
- Sentencia del proceso ref. M62-2006, del 22/02/2006.
- Sentencia del proceso ref. 367-2005, del 27/02/2007.
- Sentencia del proceso ref. 179-2011, del 05/04/2013.

1.2. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sentencia del proceso ref. 40-G-95, del 23/12/1996.
- Sentencia del proceso ref. 17-T-96, del 20/03/1997.
- Sentencia del proceso ref. 76-A-95, del 23/08/1997.
- Sentencia del proceso ref. 8-CH-92, del 27/02/1998.
- Sentencia del proceso ref. 59-R-95 del 28/08/1998.
- Sentencia del proceso ref. 30-L-97, del 27/11/1998.
- Sentencia del proceso ref. 104-R-99, del 02/03/1999.
- Sentencia del proceso ref. 149-M-99, del 19/12/2000.
- Sentencia del proceso ref. 105-P-2000 del 16/10/2001.
- Sentencia del proceso ref. 99-P-2000, del 19/12/2001.
- Sentencia del proceso ref. 223-C-2001, del 20/02/2002.
- Sentencia del proceso ref. 121-S-2001, del 02/10/2002.
- Sentencia del proceso ref. 61-V-2000, del 16/12/2002.
- Sentencia del proceso ref. 104-G-01, del 04/06/2003.
- Sentencia del proceso ref. 946-2002, del 11/07/2003.
- Sentencia del proceso ref. 288-A-2003, del 15/11/2004.
- Sentencia del proceso ref. 271-M-02, del 23/12/2004.
- Sentencia del proceso ref. 167-S-2003 del 15/12/2004.
- Sentencia del proceso ref. 216-C-2001, del 28/03/2005.
- Sentencia del proceso ref. 152-G-2003, del 30/05/2005.
- Sentencia del proceso ref. 139-S-2002 del 20/04/2005.
- Sentencia del proceso ref. 101-B-2003, del 13/10/2005.
- Sentencia del proceso ref. 102-E-2003, del 19/01/2006.
- Sentencia del proceso ref. 114-D-2004, del 23/03/2006.
- Sentencia del proceso ref. 175-S-2003, del 26/06/2006.

- Sentencia del proceso ref. 301-A-2004, del 29/6/2006.
- Sentencia del proceso ref. 93-2005, del 28/05/2008.
- Sentencia del proceso ref. 98-T-2004, del 30/05/2008.
- Sentencia del proceso ref. 311-M-2004, del 06/10/2008.
- Sentencia del proceso ref. 316-A-2004, del 23/12/2008.
- Sentencia del proceso ref. 85-F-2004 del 02/1/2009.
- Sentencia del proceso ref. 104-T-2004, del 25/05/2009
- Sentencia del proceso ref. 369-C-2004, del 27/07/2009.
- Sentencia del proceso ref. 371-2007, del 24/02/2010.
- Sentencia del proceso ref. 197-2008, del 28/07/2010.
- Sentencia del proceso ref. 70-2008, del 08/10/2010.
- Sentencia del proceso ref. 71-2007, del 18/07/2011.
- Sentencia del proceso ref. 346-2007, del 29/05/2012.
- Sentencia del proceso ref. 29-T-1999, del 17/12/1999.

1.3. SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sentencia del proceso ref. 1507-2002, del 19/08/2002

2. ESPAÑA.

2.1. TRIBUNAL SUPREMO

- STSE del 6 de mayo de 1943.
- STSE del 6 de julio de 1959.
- STSE del 10 de marzo de 1969.
- STSE del 4 de julio de 1969.
- STSE del 20 de marzo de 1976.
- STSE del 22 de marzo de 1976.
- STSE del 21 de noviembre de 1977.
- STSE del 30 de junio de 1978.
- STSE del 12 de febrero de 1979.

- STSE del 3 de abril de 1979.
- STSE del 4 de julio de 1979.
- STSE del 29 de noviembre de 1979.
- STSE del 29 de octubre de 1979.
- STSE del 22 de junio de 1979.
- STSE del 13 de marzo de 1980.
- STSE del 27 de octubre de 1981.
- STSE del 26 de enero de 1982.
- STSE del 2 de febrero de 1982.
- STSE del 23 de febrero de 1982.
- STSE del 18 de noviembre de 1982.
- STSE del 6 de mayo de 1983.
- STSE del 9 de febrero de 1984.
- STSE de 22 de mayo de 1984.
- STSE del 24 de enero de 1985.
- STSE del 25 de febrero de 1985.
- STSE del 2 de octubre de 1986.
- STSE del 18 de febrero de 1987.
- STSE del 7 de diciembre de 1987.
- STSE del 29 de septiembre de 1988.
- STSE del 31 de diciembre de 1988.
- STSE del 19 de diciembre de 1989.
- STSE del 9 de febrero de 1990.
- STSE del 20 de febrero de 1991.
- STSE del 30 de mayo de 1991.
- SSTE del 8 de julio de 1991.
- STSE del 7 de octubre de 1991.
- STSE del 13 de febrero de 1992.
- STSE del 5 de noviembre de 1993.

- STSE del 14 de septiembre de 1994.
- STSE del 26 de octubre de 1995.
- STSE del 18 de enero de 1996.
- STSE de 9 de diciembre de 1996.
- STSE del 24 de septiembre de 1999.
- STSE del 8 de febrero del 2000.
- STSE del 13 de septiembre de 2001.
- STSE del 18 de julio de 2002.
- STSE del 27 de febrero de 2003.
- STSE del 23 de abril del 2012.
- STSE del 21 de mayo del 2012.
- STSE del 4 de junio del 2012.
- STSE del 16 de julio del 2012.
- STSE del 4 de octubre del 2012.
- STSE del 8 de noviembre del 2012.

2.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- STCE 50/1956, de 9 de mayo.
- STCE 27/1981, de 20 de julio.
- STCE 43/1982 de 6 de junio.
- STCE 40/1982, de 14 de julio.
- STCE 49/1982, de 14 de julio.
- STCE 8/1983, de 18 de febrero.
- STCE 63/1984, de 21 de mayo.
- STCE 83/1984, de 24 de julio.
- STCE 51/1985, de 10 de abril.
- STCE 66/1985, de 23 de mayo.
- STCE 86/1985, de 10 de julio.
- STCE 8/1986, de 21 de enero.

- STCE 50/1986, de 23 de abril.
- STCE 58/1986, de 14 de mayo.
- STCE 108/1986, de 29 de julio.
- STCE 73/1988, de 21 de abril.
- STCE 170/1991, del 19 de julio.
- STCE 16/1994 del 20 de enero
- STCE 325/1994, de 12 de diciembre.
- STCE 4303/1997 de 28 de mayo.
- STCE 120/97 del 10 de julio.
- STCE 181/2000 del 29 de junio.
- STCE 181/2006, de 19 de junio del 2006.

2.3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIALES.

- STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1998.
- STSJ de Madrid de 30 de marzo del año 2005.
- STSJ de Madrid del 31 de marzo del 2005.
- STSJ de Cataluña de 19 de abril del 2005.
- STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2005.
- STSJ de Canarias del 30 de septiembre del 2005.
- STSJ de Castilla y León, de 31 de enero de 2006
- STSJ de Madrid, del 5 de noviembre de 2006.

SITIOS WEB.

- Poder Judicial de España:
<http://www.poderjudicial.com.es>
- Centro de Documentación Judicial de El Salvador:
<http://www.jurisprudencia.gob.sv>