

ESTUDIOS SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. I

A 20 AÑOS DE
LA LEY DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO GENERAL

Director

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coordinadores

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ
JUAN CARLOS MORÓN URBINA



ESTUDIOS SOBRE
DERECHO
ADMINISTRATIVO

VOL. I

A 20 AÑOS DE
LA LEY DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO GENERAL

Director

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coordinadores

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

JUAN CARLOS MORÓN URBINA



ESTUDIOS SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. I

A 20 AÑOS DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Director)

Primera edición, septiembre 2021

© 2021: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

© 2021: Asociación Civil Derecho y Sociedad

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Teléfono: 626-2000, anexo 5390

derysoc@pucp.edu.pe

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

Mz. E Lt. 15 Urb. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS

Septiembre, 2021

Diagramación:

GABRIELA ZABARBURÚ GAMARRA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2021-09753

ISBN: 978-9972-2569-1-2

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VINCULANTES

Hugo R. Gómez Apac

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 27444, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001, se aprobó la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), la cual entró en vigencia seis meses después, el 11 de octubre de ese año, con el objeto de convertirse no solo en el parámetro de referencia de los procedimientos administrativos, sino también en guía de actuación de otras manifestaciones de la Administración Pública, por lo que algunas de sus disposiciones, como es el caso de los arts. IV y V de su Título Preliminar, referidos a los principios y las fuentes del procedimiento administrativo, respectivamente, tienen un ámbito de influencia mayor al de la tramitación de un procedimiento, constituyen extractos de un eventual estatuto jurídico (o ley de bases) de la Administración, por lo que muy bien podríamos afirmar que tales disposiciones regulan los principios y fuentes del derecho administrativo. Esa es la importancia que tiene la LPAG. Constituye piedra angular del derecho administrativo peruano, por lo que saludamos la muy acertada decisión de la Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú por editar y publicar, en el vigésimo aniversario de la mencionada ley, la obra colectiva: «*Estudios de Derecho Administrativo. Vol. I. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*».

También quisiéramos aprovechar estas palabras introductorias para agradecer por la invitación a los profesores Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, director de la obra, y Jorge Danós Ordóñez y Juan Carlos Morón Urbina, coordinadores, referentes nacionales del derecho administrativo y con quienes tenemos el honor de compartir una grata amistad.

Por Decreto Supremo 004-2019-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de enero de 2019, se aprobó el Texto Único Ordenado de la LPAG, cuyo articulado orientará la numeración citada en el presente trabajo, el cual tiene como propósito abordar el régimen jurídico de los precedentes administrativos vinculantes. Para tal efecto, primero explicaremos de qué manera la legislación y la jurisprudencia constituyen fuentes del derecho, entendiendo por jurisprudencia la interpretación de la legislación, es decir, la creación de «criterios interpretativos», lo que es efectuado no solo por los órganos jurisdiccionales, sino también por las autoridades administrativas. Luego nos centraremos en el precedente administrativo, su vinculación con la práctica administrativa y su manifestación en las actuaciones regladas y discrecionales. A continuación mencionaremos la relación entre el precedente y los principios de igualdad, de interdicción de la arbitrariedad, de predictibilidad, de seguridad jurídica y de confianza legítima. Acto seguido señalaremos las condiciones para que opere el apartamiento del precedente y, con el bagaje teórico acumulado hasta esta parte, nos centraremos en el «precedente administrativo vinculante» regulado en la LPAG. Finalmente, esbozaremos el particular escenario de los acuerdos plenarios que aprueban precedentes administrativos de observancia obligatoria sin resolver casos concretos, en el que plantearemos con carácter preliminar, más a título de pregunta que de respuesta, los posibles instrumentos procesales que permitirían impugnar de manera directa dichos acuerdos plenarios.

2. LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTES DEL DERECHO

Fuentes del derecho son todas las causas generadoras de normas jurídicas, son aquellas causas que, como manantiales, hacen brotar normas jurídicas (Gómez, 2019, p. 7). La legislación y la jurisprudencia son fuentes del derecho en tanto ambas generan, y expresan, normas jurídicas. Al utilizar el término «fuente», como «origen de algo» («manantial»), es inevitable la asociación conceptual con la palabra «causa», que a su vez nos lleva a los conceptos «fundamento» o «motivo», y de ahí el entendimiento generalizado de que «fuente del derecho» es la razón, motivo o fundamento que crea normas jurídicas. Así, la causa es la «fuente del derecho» y el efecto la «norma jurídica». La ley, fuente del derecho, crea normas jurídicas. La jurisprudencia, fuente del derecho, crea normas jurídicas. Pero la ley, en sí misma, es una norma jurídica; y la

jurisprudencia, en sí misma, también es una norma jurídica. Pareciera entonces que causa y efecto se confunden, que la causa es el efecto y el efecto la causa.

Para evitar dicha confusión, cuando decimos que la ley es fuente del derecho, debemos entender que la declaración de voluntad del legislador, la declaración de voluntad del órgano legislativo (el Congreso de la República, tratándose de las leyes, y el Poder Ejecutivo en el caso de los decretos legislativos y los decretos de urgencia), es el elemento generador de la norma jurídica. No es el Congreso la fuente del derecho, sino la declaración de voluntad de la autoridad legislativa. El fruto de esa declaración es la ley: la norma jurídica. En el caso de la jurisprudencia, ocurre algo similar. No es el Poder Judicial la fuente del derecho, sino la declaración de voluntad del juez (o de la Sala o Corte de que se trate), y la jurisprudencia es la norma jurídica creada por dicha declaración. Así también, es la autonomía privada, la declaración de voluntad de un particular, la fuente del derecho, y el acto jurídico (*v.g.* un contrato) que emana de dicha declaración, la norma jurídica.

La legislación, o derecho positivo, está compuesto por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y demás normas con rango de ley, y los reglamentos administrativos. Se trata de normas jurídicas escritas de alcance general emitidas por una autoridad con competencia para ello (Gómez, 2005, p. 257). Un elemento de eficacia de estas normas es su publicación. En el Perú, la legislación se publica en el diario oficial *El Peruano*. Las leyes y demás normas con rango de ley son susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad, y los reglamentos ante el Poder Judicial mediante la acción popular.

Los jueces, al resolver una controversia, aplican la legislación, y al aplicarla la interpretan. La jurisprudencia es la interpretación jurídica de la legislación. La jurisprudencia es el conjunto de criterios jurídicos interpretativos que el juez extrae de la Constitución, las leyes y los reglamentos. Veamos el siguiente ejemplo hipotético.

La primera oración del primer párrafo del art. 70 de la Constitución Política del Perú señala que «el derecho de propiedad es inviolable». Este precepto es una norma jurídica. Si un juez¹, al expedir una sentencia, interpretara que el concepto «derecho de propiedad» no solo comprende el derecho real de propiedad, sino también los derechos reales de copropiedad, usufructo, superficie, servidumbre, prenda, anticresis e hipoteca, estaría creando un criterio jurídico interpretativo que diría lo siguiente: «los derechos reales de propiedad, copropiedad, usufructo, superficie, servidumbre, prenda, anticresis e hipoteca son inviolables». Este criterio interpretativo sería una

¹ El Tribunal Constitucional (el juez constitucional supremo), una Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, una Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, un Juzgado Civil de Lima, etc.

norma jurídica. El juez no habría modificado la Constitución, ni habría ejercido la competencia del Poder Constituido (el Congreso) de reformar la Constitución. Lo que habría hecho es interpretar un extremo del art. 70 de la Constitución. Habría interpretado el contenido y alcance del término «derecho de propiedad». En este ejemplo, el juez ha creado Derecho, ha creado una norma jurídica, pues el criterio jurídico interpretativo, la jurisprudencia creada por él, es una norma jurídica. El juez crea Derecho a través de la interpretación jurídica. La jurisprudencia es el criterio jurídico interpretativo que el juez extrae de la legislación. Este criterio interpretativo es una norma jurídica.

En una siguiente controversia, siguiendo con el ejemplo, el mismo juez u otro juez podría añadir un criterio interpretativo al anterior criterio. Así, al resolver dicha controversia, podría establecer en su sentencia que «derecho de propiedad» abarca todos los derechos reales y, además, el «derecho de crédito del acreedor». Esta nueva jurisprudencia estaría estableciendo, como criterio jurisprudencial, lo siguiente: «todos los derechos reales y el derecho de crédito del acreedor son inviolables». Y la jurisprudencia podría seguir evolucionando a través de criterios interpretativos adicionales. Una futura sentencia podría establecer que los «derechos reales y personales son inviolables», con lo cual recibirían protección constitucional los derechos antes mencionados y también el que detenta el arrendatario, el locatario, el depositario, entre otros. Veamos ahora un ejemplo real.

El art. 949 del Código Civil establece que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario». Por su parte, su art. 2022 establece lo siguiente:

«**Artículo 2022°.-** Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.»

De conformidad con lo establecido en el primer párrafo del art. 2022, si hay un conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo inmueble, prevalece el derecho inscrito —en el registro público— con anterioridad. El problema se presenta con su segundo párrafo y la regla establecida en el art. 949. Si hay un conflicto entre un embargo (proveniente de un crédito impago, que es un «derecho personal») inscrito y un derecho de propiedad (que es un derecho real) no inscrito (pues para transferir la propiedad basta el acuerdo), ¿cuál prevalece?

Asumamos que Alfredo es propietario de un inmueble y su derecho de propiedad está inscrito. Benito, su acreedor, solicita embargar el inmueble y su demanda

se inscribe en el registro público. Resulta que antes de la inscripción del embargo, Alfredo había transferido la propiedad del inmueble a Carlos mediante contrato de compraventa. Este contrato no se inscribió. ¿Prima el embargo inscrito a favor de Benito, o el derecho de propiedad no inscrito de Carlos? El Código Civil no responde la pregunta de manera expresa. La jurisprudencia sí lo hacía, pero de manera contradictoria. Para algunos jueces, primaba el embargo inscrito a favor de Benito (que desea ejecutar el bien); para otros, el derecho de propiedad de Carlos (que va a plantear «tercería de propiedad» para levantar el embargo).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en el VII Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-Lima) de fecha 5 de diciembre de 2015, sobre tercería de propiedad, estableció el siguiente criterio interpretativo²:

«1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

(...)» (p. 85)

Para la Corte Suprema prevalece el derecho de propiedad no inscrito, siempre que su mayor antigüedad, con relación al embargo inscrito, se pruebe con documento de fecha cierta³. Esta instancia judicial no ha legislado, no ha modificado el Código Civil. Ha interpretado este cuerpo legal y ha establecido un criterio jurisprudencial que constituye una norma jurídica. En esto consiste, precisamente, la creación de Derecho por parte de los jueces.

3. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

No solo los jueces interpretan la legislación. Las autoridades administrativas aplican la Constitución, las leyes y los reglamentos, y no son pocas las veces que tienen la necesidad de interpretarlos. Al pronunciarse sobre una petición o al resolver una controversia, la Administración, al emitir el acto administrativo correspondiente, puede interpretar una norma de la legislación y en consecuencia crear un criterio jurídico interpretativo. Veamos el siguiente ejemplo real.

² Como precedente judicial vinculante.

³ Discrepamos del precedente vinculante de la Corte Suprema. En nuestra opinión debió preferirse el embargo inscrito. El efecto no deseado de dicho precedente es la falta de credibilidad del registro, lo que genera inseguridad jurídica y el encarecimiento del acceso al crédito.

El primer párrafo del art. 6 del derogado Decreto Legislativo 701⁴, de noviembre de 1991, entendía por prácticas restrictivas de la libre competencia «los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia». El literal a) del mencionado artículo, conforme a la modificación efectuada por el art. 11 del Decreto Legislativo 807, de abril de 1996, establecía como una modalidad de práctica restrictiva de la libre competencia «la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio»; y su literal b) tipificaba como otra modalidad el «reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento». La derogada ley de defensa de la libre competencia no precisaba si los acuerdos de precios y/o de reparto de mercado debían analizarse bajo la regla *per se* o la regla de la razón, tal como lo hacían agencias de competencia de otros países.

Al conocer una denuncia contra una empresa que administraba un terminal de transporte terrestre, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi⁵, en agosto de 1997, tenía que determinar si las cláusulas previstas en el reglamento interno respecto del reparto de las rutas entre las empresas usuarias de dicho terminal y el establecimiento de tarifas por parte de la empresa denunciada constituían o no la práctica restrictiva de la libre competencia prevista en los literales a) y b) del art. 6 del Decreto Legislativo 701. El Tribunal del Indecopi, en la Resolución 0206-1997/TDC-Indecopi⁶, interpretó las normas jurídicas (legislación) mencionadas en el párrafo precedente, y sobre la base de un razonamiento muy prolijo estableció el siguiente criterio jurídico interpretativo:

«Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

(...)»

⁴ Decreto legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

⁵ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

⁶ De fecha 13 de agosto de 1997, recaída en el Expediente 0077-95-CLC.

Puede observarse cómo el Tribunal del Indecopi, al interpretar y analizar el primer párrafo y los literales a) y b) del art. 6 del derogado Decreto Legislativo 701, efectuó una diferenciación entre dos tipos de acuerdos de fijación de precios y/o de reparto de mercado. Los acuerdos puros o desnudos debían ser analizados bajo la regla *per se*, mientras que los acuerdos que eran accesorios o complementarios a una integración o asociación bajo la regla de la razón. El Indecopi no modificó el art. 6 del Decreto Legislativo 701. No se arrogó ni ejerció una facultad legislativa. Como Administración, lo que hizo, fue interpretar la ley y crear un criterio interpretativo, y este criterio, qué duda cabe, era una norma jurídica.

Once años después, el legislador se pronunció. El Poder Ejecutivo, al contar con facultades delegadas, emitió el Decreto Legislativo 1034⁷ de junio del 2008, el cual derogó y sustituyó al Decreto Legislativo 701. En los arts. 9 y 11 del Decreto Legislativo 1034 se recoge el criterio interpretativo establecido por la Resolución 0206-1997/TDC-Indecopi.

En el ejemplo mencionado, la norma jurídica (el criterio jurisprudencial de agosto de 1997) creada mediante la declaración de voluntad de la Administración, luego se convirtió en la norma jurídica (el decreto legislativo de junio de 2008) creada por la declaración de voluntad del legislador.

4. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Díez-Picazo (1982) define al precedente administrativo como aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona su actuación presente, exigiéndole un contenido similar para el caso actual (p. 7). Cosculluela Montaner (2010) señala que el precedente administrativo puede ser definido como la forma reiterada de aplicar una norma por la Administración (p. 139). Esteve Pardo (2011) explica que el precedente administrativo puede entenderse constituido con la constatación de que la Administración ha actuado o resuelto de un mismo modo en situaciones idénticas o muy similares (p. 94). Sánchez Morón (2017) entiende por precedente administrativo la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma Administración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara (p. 136).

Existe precedente administrativo cuando la Administración, al pronunciarse sobre un asunto actual, interpreta una o más normas jurídicas de la legislación de la misma forma como lo hizo en un caso anterior (el precedente). Dicho en otros

⁷ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

términos, cuando el criterio jurídico interpretativo que se aplica al caso presente es el mismo utilizado en un caso anterior, que sirve de precedente, siempre que haya «identidad» entre ambos casos. Esta identidad comprende la «identidad subjetiva», es decir, que es la misma autoridad administrativa la que resuelve ambos casos con el mismo criterio interpretativo. Como dice Díez-Picazo (1982), es necesario que tanto la actuación constitutiva de precedente (el caso anterior) como aquella (el caso actual) con respecto a la cual dicho precedente se alega procedan de la misma Administración (p. 19). También debe existir, menciona dicho autor, «identidad objetiva», lo que significa que los elementos objetivos de ambas actuaciones tienen que ser similares, entendiendo por dichos elementos el objeto en sentido estricto⁸, la causa y la forma⁹ (p. 21). Y como tercer requisito, de carácter negativo, el «interés público», como límite a la aplicación del precedente (p. 22). La Administración debe entender que entre el primer y el segundo caso no ha habido una variación respecto del entendimiento del interés público protegido en ambos casos. Cairampoma Arroyo (2014) considera que la identidad administrativa entre el caso presente y el anterior comprende tres aspectos: identidad subjetiva, fáctica y normativa. La primera se refiere al sujeto activo (la autoridad administrativa) que emitió el precedente y que ahora debe decidir sobre un nuevo supuesto. La segunda se refiere a que los hechos jurídicamente relevantes del nuevo supuesto y del precedente administrativo sean idénticos [o similares]. Y la tercera exige que las reglas de derecho aplicables sean las mismas, evitando la aplicación de un precedente cuando el marco normativo ha variado (pp. 490-491).

La identidad subjetiva significa la misma Administración, o dicho con mayor precisión, la misma autoridad administrativa, sea esta un órgano unipersonal o colegiado, pero la misma autoridad no significa la misma persona natural que ocupa el cargo de autoridad. Así, la misma autoridad es, por ejemplo, la alcaldía del distrito de Breña, la Dirección Nacional de Acuicultura del Ministerio de la Producción, el Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental o la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. La identidad subjetiva, reiteramos, no significa que sea la misma persona o personas naturales que ejercen el cargo. El órgano administrativo es el mismo órgano independientemente de quién sea la persona que ocupa el cargo. En consecuencia, si Pedro, en enero, estableció un criterio interpretativo al emitir un pronunciamiento como Director Nacional de

⁸ «...la declaración de voluntad, de conocimiento, etc., y su contenido sea parecido. Evidentemente no es comparable, por ejemplo, una autorización con una sanción.» (Díez-Picazo, 1982, p. 21).

⁹ Aunque Díez-Picazo reconoce que hay que relativizar la importancia del elemento formal, pues un cambio en la forma puede, a veces, encubrir una desigualdad injustificada (1982, p. 21).

Acuicultura, Mario, su sucesor en el cargo, deberá tener en cuenta dicho precedente en diciembre, si es que entre el caso que debe resolverse a fin de año y el que se resolvió a inicios de año hay identidad fáctica y normativa.

Para hablar de precedente no se necesita que haya una pluralidad, o número mínimo, de casos anteriores similares. El carácter reiterativo que se exige a la costumbre no es aplicable al precedente. Por tanto, podría existir un solo caso anterior que sirva de precedente administrativo para resolución del siguiente caso.

El precedente administrativo se manifiesta en cualquier escenario en el que la Administración debe interpretar el sentido de la legislación. Ello puede ocurrir en el otorgamiento de permisos, autorizaciones y licencias; en la imposición de sanciones; en la determinación de obligaciones tributarias; en la inscripción de actos jurídicos; en el otorgamiento de pensiones, subsidios o subvenciones; en la resolución de controversias entre dos particulares (procedimientos trilaterales), etc. Esteve Pardo (2011) pone como ejemplo tanto la imposición de sanciones como la entrega de subvenciones:

«El precedente puede advertirse en muchos sectores de la actuación administrativa, sobre todo cuando ésta dispone de un margen de discrecionalidad (...) en sus decisiones. Así, por ejemplo, podría advertirse que ante unos casos similares, en los que se produce la misma infracción, la Administración optó por imponer la sanción más baja que contempla la ley para estos casos. O que la Administración ha venido otorgando subvenciones a toda una serie de empresas; en todos esos casos, en esos precedentes en definitiva, se observaba que las empresas estaban en una situación muy similar.

Ante estos precedentes, tiene todo su sentido que una empresa solicitante de una subvención reclame el mismo trato que las anteriores. O que quien comete una infracción determinada invoque precedentes anteriores para que se le imponga, tal como se resolvió en aquéllos, la sanción mínima por esa infracción.» (p. 94)

Consideramos pertinente concluir este acápite con la definición planteada por Santofimio Gamboa (2010), pues nos parece una de las más acertadas:

«Se entiende el precedente administrativo, la decisión administrativa que fija de manera consistente y vinculante a partir de una solución jurídica a una situación fáctica específica-, el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma

concepción jurídica y solución en derecho, —*ratio decidendi* [*sic*¹⁰]— no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso.» (p. 152)

5. PRÁCTICA Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Ortiz Díaz (1957) diferencia al precedente de la práctica administrativa. Sostiene que las prácticas administrativas constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la Administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad corriente (rutina burocrática); mientras que el precedente es algo más, implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a ella y generadora de derechos e intereses de los particulares (pp. 79-80).

Ramón Parada (2010) también diferencia la práctica administrativa del precedente, pero bajo una diferente conceptualización. Argumenta que la práctica administrativa supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en casos anteriores, mientras que el precedente administrativo puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución (p. 83).

Una diferenciación conceptual entre práctica y precedente administrativo no tiene mucho sentido práctico. Como bien afirma Cassagne (2010), la inutilidad de la distinción entre precedente y práctica administrativa, que postula un sector de la doctrina, viene dada por las circunstancias 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 de los administrados (p. 230).

6. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LAS ACTUACIONES REGLADAS Y DISCRECIONALES

Ortiz Díaz (1957) considera que la figura del precedente administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional, puesto que las decisiones de la Administración en el ámbito de lo reglado, que detallan y desentrañan preceptos generales, pueden constituir, en cierto modo, precedentes de interpretación, pero no propia-

¹⁰ Es «*ratio decidendi*».

mente fuentes de derecho (pp. 98-102). Así, Ortiz Díaz propone, como definición de precedente administrativo, la siguiente:

«...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.» (p. 102)

[Resaltado agregado]

Morón Urbina (2019) pareciera compartir el punto de vista de Ortiz Díaz. Al comentar el art. VI del Título Preliminar de la LPAG menciona que el precedente administrativo es una técnica de protección de la igualdad de los administrados ante la Administración, de protección de la buena fe y de proscribir la arbitrariedad «en el ejercicio de las potestades discrecionales de las autoridades» administrativas (p. 174). Al definir el concepto de precedente administrativo, precisa que debe recaer sobre situaciones jurídicas no regladas plenamente, o como algunos autores sostienen, cuando se presentan indeterminaciones normativas o interpretativas, pues de lo contrario estaríamos hablando de resoluciones administrativas que se limitan a aplicar la norma expresa directamente (p. 175). Igual postura tiene Cairampoma Arroyo (2014), quien afirma que el precedente administrativo permite que un órgano de mayor jerarquía uniformice, «en ejercicio de su potestad discrecional», las actuaciones de la Administración (p. 490).

Díez-Picazo (1982) considera que hay que matizar la afirmación de que el precedente solo es vinculante en el caso de actuaciones discrecionales de la Administración, pues 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 (pp. 28-29). La autoridad administrativa realiza esa previa interpretación de la legalidad a través de la reiteración de actuaciones basadas en los mismos criterios hermenéuticos (p. 29). Citando a García de Enterría, Díez-Picazo observa que no existen potestades absolutamente regladas ni absolutamente discrecionales, sino que en cada potestad hay aspectos reglados y discrecionales en proporción variable. Hasta en las potestades más regladas existe siempre, como mínimo, cierta discrecionalidad interpretativa, por lo que mediante la doctrina del precedente se puede controlar la discrecionalidad existente en toda potestad, cualquiera que sea la forma en que se manifieste (p. 30).

La figura del precedente se encuentra íntimamente relacionada con la interpretación jurídica. El precedente es el criterio jurídico extraído de una o más normas

jurídicas a partir de la interpretación, efectuado en un caso anterior, que la Administración debe aplicar a un caso posterior debido a que ambos supuestos guardan identidad. En consecuencia, donde haya la necesidad de interpretar existe la posibilidad de emitir un precedente. Si la potestad reglada no da margen para la interpretación, entonces no habrá precedente. Si la autoridad de tránsito solo tiene que constatar el exceso de velocidad para imponer la multa, es de esperar que siempre procederá de esa forma, no por seguir un precedente, sino porque es la única opción que tiene. No hay un margen de discrecionalidad en el sentido de que la autoridad podría tener la facultad de apreciar que hay excesos de velocidad que son ilícitos y hay excesos de velocidad que son lícitos. No hay lugar a la discrecionalidad, pues todos los excesos son ilícitos. En cambio, si la potestad reglada requiere, al menos, determinar cuál es la ley aplicable, y determinar la ley aplicable exige un esfuerzo interpretativo, entonces se abre un espacio, posiblemente pequeño, pero espacio a fin de cuentas, para que prospere el precedente. Así, por ejemplo, podría pensarse que el otorgamiento de una licencia de construcción constituye una actuación reglada en la que la municipalidad solo tiene que verificar si el administrado ha presentado o no todos los documentos e información establecidos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). No se requiere mucho esfuerzo interpretativo para constatar la presentación de un Documento Nacional de Identidad (DNI), una carta poder, un plano de la construcción, etc. Sin embargo, si resulta que la Ley "A", que regula el régimen general de la construcción de edificaciones, es complementada con posterioridad con la Ley "B", que establece un régimen especial para la construcción de determinadas edificaciones, y la municipalidad recibe una solicitud de licencia de construcción respecto de una edificación que parece estar tanto en el régimen general como en el especial, es claro que dicha autoridad tendrá que expedir un criterio jurídico interpretativo que precise qué clase de edificaciones se encuentran bajo la ley especial, lo que da pie para que emita un precedente administrativo; es decir, un criterio interpretativo que debería ser aplicado en un siguiente caso frente a una solicitud similar a la anterior. Se trata de la misma Administración (la municipalidad), existe identidad en el objeto (la edificación solicitada en el segundo caso es idéntica a la del primero), y las leyes aplicables son las mismas. La identidad subjetiva, fáctica y normativa mencionada por Cairampoma Arroyo.

La tarea interpretativa conlleva un margen de discrecionalidad. Para empezar, porque existen varios métodos de interpretación (gramatical, histórico, sistemático, teleológico, de la *ratio legis*, evolutivo, entre otros) de la norma jurídica, y la utilización de un método u otro no siempre conduce al mismo resultado. El empleo conjunto de los métodos sistemático, teleológico y de la *ratio legis* podría conducir a que la norma se interprete de un modo distinto al gramatical, lo que es totalmente válido. Desde

que es posible interpretar una norma (de la legislación) en al menos dos sentidos, la discrecionalidad se manifiesta, pues la autoridad tiene que elegir una interpretación entre dos alternativas posibles.

En la cita de Ortiz Díaz (1957, p. 102) resaltamos el término «norma de derecho objetivo», que es lo que en el presente trabajo denominamos «criterio interpretativo» o «criterio jurisprudencial». Este criterio interpretativo o jurisprudencial, extraído de la legislación a través del proceso hermenéutico, puede tomar la forma de reglas jurídicas, soluciones jurídicas, concepciones jurídicas, etc.

7. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD, DE PREDICTIBILIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La Administración debe aplicar en un caso posterior el criterio jurídico interpretativo desarrollado en un caso anterior (el precedente administrativo) si existe identidad subjetiva, fáctica y normativa entre ambos casos. Podría pensarse que es simplemente un asunto de coherencia, e incluso, de pura facilidad práctica. Sin embargo, hay razones de mayor peso, de rango constitucional y legal, que exigen que la autoridad administrativa actúe en ese sentido.

En primer lugar, el principio rector y, al mismo tiempo derecho fundamental, de la igualdad, lo que supone la proscripción de la discriminación. El núm. 2 del art. 2 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Si con relación a hechos idénticos regulados por la misma ley, dos administrados son tratados de manera diferente por la misma autoridad, se viola el principio de igualdad en perjuicio de uno de esos administrados. Si por la misma infracción al primero se le impone una multa de 10 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y al segundo se le amonesta, hay un claro favoritismo hacia este, si es que no corrupción.

La igualdad ante la ley supone, precisamente, que los ciudadanos, los particulares (personas naturales y jurídicas), sean tratados de la misma forma ante las mismas circunstancias. Igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. De ahí la importancia de la triple identidad (subjetiva, fáctica y normativa). Actuar de esa manera también cumple el principio de interdicción de la arbitrariedad. Resulta arbitrario que por el mismo hecho a una persona se le amoneste y a otra se le sancione con 10 UIT (S/ 44.000,00). Distinto sería el caso en el que la autoridad sancionadora haya considerado pertinente ejercer una política de pedagogía el primer año de vigencia de la ley, amonestando a los infractores, y recién imponer las multas a partir

del segundo año. Para que proceda un escenario como el descrito, por transparencia, la autoridad debería haber informado que, en ejercicio de sus facultades discrecionales (que debería tenerlas, para ejercerlas), iba a actuar de ese modo: el primer año, solo amonestar o imponer las denominadas "papeletas informativas"; y a partir del segundo año, proceder con las multas. Pero incluso en este escenario, los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad siguen siendo aplicables, en el sentido de que todos los infractores debían ser solo amonestados el primer año. Dichos principios se violarían si, durante el primer año, en junio se amonesta, en julio se multa y en agosto se amonesta.

Si la Administración resuelve un segundo caso como lo hizo en el primero, y se pronuncia en el tercero como lo hizo en el segundo, y así continua en el entendido de la identidad subjetiva, fáctica y normativa entre tales casos, genera predictibilidad, lo que supone que los administrados pueden predecir la actuación de la autoridad administrativa. No están prediciendo un hecho desconocido, no están adivinando. Están anticipando la coherencia y el trato no discriminatorio de la autoridad. La actuación de la Administración resulta predecible, y esta predictibilidad genera confianza y seguridad jurídica, lo que promueve la inversión. Si la autoridad municipal, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de la Producción y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por citar unos ejemplos, al momento de otorgar permisos, autorizaciones y concesiones, así como al tramitar procedimientos sancionadores, resuelven en función de sus precedentes, es decir, sobre la base de criterios interpretativos utilizados en casos anteriores idénticos o similares, generan un clima favorable para que los administrados apuesten e inviertan en el desarrollo de actividades económicas. Estos adquirirán terrenos, maquinaria extractiva, embarcaciones y unidades vehiculares con la confianza de que las reglas de juego no cambiarán. Y es que así como la legislación establece las reglas (requisitos, condiciones, exigencias) para iniciar, desarrollar y concluir una actividad económica (regulación), los criterios interpretativos que extrae la autoridad del derecho positivo son reglas adicionales que deben ser tomadas en cuenta por los agentes económicos. La predictibilidad de la Administración promueve la inversión privada, lo que a su vez genera empleo y reduce la pobreza.

La regulación y la jurisprudencia administrativa que interpreta dicha regulación conforman una unidad de reglas que debe ser cumplida por los agentes del mercado. Si la legislación se mantiene estable y la interpretación de la Administración resulta predecible, se generan incentivos importantes para invertir. Los agentes económicos sienten que hay seguridad jurídica. Por el contrario, si la norma es interpretada en un sentido y luego en otro, no solo se viola el principio de igualdad, no solo se actúa arbitrariamente, sino que la Administración es vista

como errática, como impredecible, lo que genera inseguridad jurídica, desalienta las iniciativas, desincentiva los emprendimientos, desanima la inversión. Es preferible que haya predictibilidad sobre reglas malas a que haya incertidumbre sobre reglas buenas. Si la ley tiene defectos, pero la Administración muestra coherencia frente a tales defectos de modo que los administrados pueden anticipar la reacción de ella con relación a futuros pronunciamientos, la sola existencia de predictibilidad genera seguridad jurídica pese a la falta de bondades de la ley. En cambio, si la ley está llena de virtudes, pero la autoridad administrativa la interpreta en un sentido y luego en otro, de modo que solo hay desconcierto en los agentes económicos, estos se mantendrán cautelosos y pondrán su dinero a buen recaudo, posiblemente invirtiendo en otro país.

El legislador, consciente de la importancia de la predictibilidad y la seguridad jurídica, ha previsto como uno de los principios rectores de la actuación de la Administración el de «predictibilidad o confianza legítima», recogido en el art. IV del Título Preliminar de la LPAG, que reza así:

«1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.»

Si la Administración interpreta la norma en un sentido, los administrados tienen la expectativa legítima de que dicha interpretación la mantendrá para casos idénticos. El apego al precedente administrativo genera predictibilidad y seguridad jurídica, por lo que la autoridad no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación que efectúa del derecho positivo.

Como acertadamente afirma Cassagne (2010), la «...asignación de valor de fuente del Derecho peculiar a los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la consumación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.» (p. 231).

8. EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Lo expuesto hasta este punto no significa que los precedentes administrativos sean perennes, inmutables, que han sido tallados en piedra, de modo que la Administración no tiene más opción que seguir fiel a ellos de manera indefinida pase lo que pase. Ya el principio de predictibilidad o confianza legítima antes mencionado explicita, vía lectura *contrario sensu*, que la autoridad sí puede apartarse del precedente si hay una necesidad razonable para hacerlo y motiva adecuadamente la razón del apartamiento.

Sánchez Morón (2017) reconoce que el precedente administrativo despliega cierto valor vinculante para la Administración en aplicación de los principios de igualdad ante la ley y de protección de la confianza legítima, por lo que si ella se aparta del precedente en un caso concreto, debe justificar y motivar esta decisión; de lo contrario, su conducta puede ser un indicio de desigualdad, lo que implica un trato ilícito o discriminatorio (p. 136). Corresponde entonces a los tribunales judiciales en caso de conflicto, agrega Sánchez Morón, enjuiciar o determinar si la motivación ha existido o no y si es suficientemente objetiva y razonable, o si implica un quiebre al principio de igualdad de trato o de la confianza legítima generada por el precedente, que puede considerarse no conforme a derecho (Ibídem).

Como señala Parada (2010), la Administración puede apartarse de su precedente anterior al resolver un asunto nuevo y análogo 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 [el cambio en la interpretación de la norma jurídica, el cambio de criterio jurídico interpretativo]; de lo contrario, la autoridad administrativa estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria de la seguridad jurídica y del principio de igualdad de los administrados, fundamento último de lo que de obligatorio y vinculante puede haber en los precedentes administrativos (p. 83).

Tirado Barrera (2010) precisa que la exigencia de la fundamentación del cambio del criterio interpretativo viene establecida por la necesidad de respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, por lo que se debe acreditar que el cambio del criterio interpretativo obedece a razones plenamente atendibles que han sido expuestas de manera suficiente y que se ha sopesado que la decisión que se exterioriza es la más idónea dada las circunstancias, caso en el cual nos encontraremos ante una decisión constitucionalmente válida (pp. 141-142).

Cassagne (2010) menciona que el apartamiento de los precedentes administrativos por parte de la Administración se encuentra sujeto al cumplimiento de las condiciones siguientes:

«a) 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 pueden tener ciertos actos administrativos...

b) tratándose del ejercicio de facultades discrecionales o, en su caso, de discrecionalidad técnica entendemos, el cambio de criterio ha de formularse de un modo general y no como criterio para decidir un caso concreto...

c) el cambio de criterio, por razones de oportunidad, cuando la apreciación de estas razones tuviera carácter discrecional, no puede tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado.» (p. 231)

Morón Urbina (2019), por su parte, desde una posición más restrictiva, menciona como las dos únicas argumentaciones válidas para el apartamiento del precedente administrativo, las siguientes:

«a. La incorrección de la interpretación anterior o, lo que es lo mismo, la ilegalidad manifiesta del precedente, ya que la autoridad no puede quedar sujeta y tener que repetir aquello que sustente como ilegal.

b. La inadecuación de la interpretación precedente al interés general.» (p. 178)

En la medida que el precedente administrativo (el criterio interpretativo) es fruto de la interpretación jurídica que realiza la autoridad administrativa de la norma positiva, y que la interpretación, lejos de ser un proceso matemático que arroje un único resultado, es un proceso de análisis de las diversas opciones interpretativas (discrecionalidad) que se puede obtener —de una disposición de la legislación— a partir de una pluralidad de métodos de interpretación (gramatical, histórico, sistemático, teleológico, de la *ratio legis*, evolutivo, etc.), es factible que la autoridad cambie de criterio interpretativo al efectuar una interpretación distinta de la norma positiva. Pero el cambio de interpretación no puede ser caprichoso, sino, como se ha venido exponiendo, debe estar justificado sobre la base de razones objetivas (de aplicación para todos los casos similares) debidamente sustentadas y explicadas.

Asumamos que en un primer periodo, la autoridad opta por el método gramatical, pero con el tiempo advierte que el texto literal de la norma, en lugar de permitir la solución de problemas concretos, encadena a la Administración a una postura rígida que crea más complicaciones que soluciones. La autoridad no puede permanecer impávida bajo el entendido de que la ley es la ley y que hay que acatarla aunque su aplicación literal nos lleve a contradecir la finalidad perseguida por el legislador. El propósito de la Administración es salvaguardar el interés público, mejorar el bienestar general. Si una interpretación incorrecta de la norma positiva nos lleva al absurdo de generar más costos que beneficios, dicha interpretación debe ser rechazada, y ser sustituida por otra

que permita la solución de los problemas planteados, por otra que genere más beneficios que costos. Así, en un segundo periodo, la autoridad, utilizando los métodos teleológico (finalidad de la norma) y de la *ratio legis* (la razón de ser de la norma), puede arribar a una conclusión diferente, creando un criterio interpretativo distinto al anterior. Lo relevante para este cambio jurisprudencial es que la Administración explique por qué los métodos teleológico y de la *ratio legis* son mejores que el gramatical, cómo la nueva interpretación mejora el bienestar general, cómo es que la nueva interpretación tutela de mejor manera el interés público subyacente en la norma positiva.

Un ejemplo interesante de cambio de criterio jurisprudencial lo encontramos en el Tribunal de Contrataciones del Estado¹¹. Mediante Acuerdo de Sala Plena 008-2020/TCE de fecha 28 de agosto de 2020¹², dicho Tribunal estableció, por mayoría (6 votos a favor y 5 en contra), el siguiente criterio interpretativo referido a la Ley de Contrataciones del Estado (LCE):

«1. Para la configuración de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la LCE, consistente en Contratar con el Estado estando impedido, las situaciones establecidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE comprenden la contratación de todo tipo de objeto contractual, incluida la docencia, realizada bajo el ámbito de aplicación del régimen general que regula la Ley de Contrataciones del Estado, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la misma.

2. Cuando, por norma especial, el ejercicio de la docencia u otra actividad, adicional a su cargo, sea permitido a las personas (naturales) comprendidas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE, el perfeccionamiento de un contrato de naturaleza laboral o de un contrato administrativo de servicios, para dicho efecto, no configura la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de dicha Ley, consistente en Contratar con el Estado estando impedido.»

Conforme al citado —y controvertido— criterio interpretativo, los jueces de la Corte Suprema —que por virtud de lo establecido en el art. 146 de la Constitución están impedidos de realizar cualquier otra actividad pública o privada, salvo la docencia universitaria fuera del horario de trabajo— no podían ser contratados por universidades públicas para actividades de docencia a tiempo parcial a través de un contrato de locación de servicios (orden de servicios), pero sí mediante un contrato de naturaleza laboral o un contrato administrativo de servicios (que también tiene

¹¹ Órgano administrativo que forma parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

¹² Publicado en el diario oficial El Peruano el 16 de octubre de 2020.

naturaleza laboral). El efecto concreto de este criterio fue el de complicar la contratación de jueces supremos para el dictado de clases, conferencias, seminarios o talleres en las facultades de derecho de universidades públicas. Y es que carece de sentido, por ejemplo, contratar mediante relación laboral —y, por tanto, mediante proceso de selección— a un juez supremo para que dicte un taller de 3 horas sobre derecho constitucional o administrativo. Más eficiente es su contratación directa —por ser un servicio *intuitu personae*— y sin proceso de selección —por ser una contratación menor a 8 UIT— a través de una orden de servicios; sin embargo, el mencionado criterio interpretativo obligaba a seguir el camino del contrato de trabajo, lo que obviamente desincentivaba la contratación de jueces supremos por parte de universidades públicas.

Afortunadamente, mediante Acuerdo de Sala Plena 003-2021/TCE de fecha 19 de marzo de 2021¹³, el Tribunal de Contrataciones del Estado, también por mayoría (6 votos a favor y 4 en contra), consideró pertinente sustituir el criterio interpretativo contenido en el Acuerdo de Sala Plena 008-2020/TCE, por el siguiente:

«1. Los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando ésta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios.

2. Dejar sin efecto el criterio interpretativo plasmado en los numerales 1 y 2 del Acuerdo N° 008-2020/TCE.»

Conforme al vigente —y más acertado— criterio interpretativo, las universidades públicas pueden contratar a los jueces supremos —para dictar clases, conferencias, seminarios o talleres— tanto a través de contratos de trabajo como mediante órdenes de servicio (locación de servicios). En atención a que se permite esta segunda modalidad, se facilita a las referidas universidades la contratación de jueces supremos expertos en derecho constitucional, administrativo, civil, penal, laboral, tributario, etc. De esta manera, los estudiantes de derecho de las universidades públicas tienen mayores oportunidades para aprender de los propios autores de los plenos casatorios, como el mencionado VII Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-Lima).

9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO VINCULANTE DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

La figura del precedente administrativo vinculante se encuentra desarrollado en el núm. 2.8 del art. V (Fuentes del procedimiento administrativo) y el art. VI

¹³ Publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2021.

(Precedentes administrativos) del Título Preliminar de la LPAG, que se transcriben a continuación:

«Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)

2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

(...)

«Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.»

Las disposiciones antes citadas deben ser entendidas de manera complementaria y concordante (interpretación sistemática).

No cabe duda de que el precedente administrativo es fuente del derecho, pero no de naturaleza directa sino indirecta. La fuente indirecta interpreta, delimita o precisa el sentido y alcance de la fuente directa. La legislación o derecho positivo (la Constitución, los tratados internacionales, las normas con rango de ley y los reglamentos) constituye fuente directa del ordenamiento administrativo, mientras que la jurisprudencia (jurisdiccional y administrativa) y los pronunciamientos vinculantes que absuelven consultas constituyen fuente indirecta. Este es el parecer de Guzmán Napurí (2013), quien llama «fuente delimitativa e interpretativa» a la

jurisprudencia, sea que provenga del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial o de la Administración Pública (pp. 88-92).

Cuando la LPAG define al precedente administrativo, recurre, como no puede ser de otra manera, a la noción de «criterio interpretativo», que es la interpretación que realiza la Administración del sentido de la legislación (la fuente de derecho directa); sin embargo, su noción de precedente es cualificada, pues se circunscribe a un tipo especial de precedente. Nos explicamos. A lo largo del presente trabajo hemos venido hablando, por decirlo de alguna forma, del precedente común u ordinario, que es el criterio jurídico adoptado en un caso anterior y que la autoridad administrativa, con el objeto de no violar los principios de igualdad, de interdicción de la arbitrariedad, de predictibilidad, de seguridad jurídica y de confianza legítima, aplica a un caso posterior si entre ambos existe identidad subjetiva, fáctica y normativa. En este precedente, el criterio jurídico nace con la resolución del caso anterior, pero sin mayor propósito o ambición que resolver dicho caso, solo que el criterio adoptado en este será utilizado por la misma autoridad administrativa en uno posterior al existir identidad entre ambos supuestos.

El precedente administrativo que recoge la LPAG no es ese precedente, no es un precedente común, sino uno especial, cualificado, que nace con el claro propósito de tener efectos generales; es decir, germina para ser aplicado por todas las autoridades administrativas competentes que tengan que aplicarlo en casos similares.

El precedente ordinario tiene un carácter retrospectivo. La autoridad, para resolver el caso actual, regresa al pasado, al caso anterior, para recoger el precedente (el criterio jurídico) adoptado en este. En el precedente común, la autoridad mira el pasado. El pasado le ayuda resolver el presente.

El precedente de la LPAG tiene un carácter prospectivo. Nace para ser aplicado en el caso que se resuelve y para el futuro. Nace con la vocación de tener efectos generales «desde ahora y en adelante». Este precedente, cualificado, brota con el definido objetivo de ser vinculante y tener efectos generales, por lo que su emisor no es cualquier autoridad y presenta características especiales.

El precedente administrativo vinculante previsto en la LPAG presenta las siguientes características:

- a) Son actos administrativos que, al resolver casos particulares, interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación: establecen criterios interpretativos de alcance general.
- b) Son emitidos por tribunales o consejos de última instancia administrativa, regidos por leyes especiales.

- c) Se publican en el diario oficial El Peruano.
- d) Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas por el tribunal o consejo que las emitió.
- e) El precedente es de observancia obligatoria (vinculante), mientras la interpretación contenida en el precedente no sea modificada.
- f) Los criterios interpretativos podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o son contrarios al interés general.
- g) La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorables a los administrados.
- h) La sola modificación de los criterios interpretativos no faculta la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Los emisores del precedente administrativo vinculante de la LPAG son tribunales administrativos o consejos regidos por leyes especiales. Son cuerpos colegiados de última instancia administrativa. Es el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi¹⁴, los Tribunales de Solución de Controversias de los Organismos Reguladores, el Tribunal Registral (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos), el Tribunal Fiscal (Ministerio de Economía y Finanzas), el Consejo de Minería (Ministerio de Energía y Minas), el Tribunal de Fiscalización Ambiental (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA), el Tribunal de Contrataciones del Estado (Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE), el Tribunal del Servicio Civil, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (Contraloría General de la República), el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud), el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (Autoridad Nacional del Agua - ANA), el Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre (Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre - OSINFOR), entre otros.

El precedente administrativo de efecto vinculante se publica, lo que debe hacerse en el diario oficial El Peruano. Si se aprueba un precedente de observancia obligatoria, pero la resolución que lo contiene no se publica, ¿podemos seguir hablando de precedente vinculante? Veamos el siguiente caso real.

¹⁴ Compuesto por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales y la Sala Especializada en Propiedad Intelectual.

Mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI¹⁵, la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal del Indecopi, resolviendo un caso concreto¹⁶, estableció como precedente de observancia obligatoria un conjunto de criterios interpretativos que explican la metodología de análisis a seguir para verificar si una determinada actividad empresarial realizada por el Estado califica o no como acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, es decir, si infringe o no lo establecido en el art. 60 de la Constitución. Este precedente explica qué es el principio de subsidiariedad, qué es actividad empresarial, qué actividades no constituyen actividad empresarial, qué significa que la actividad empresarial estatal tiene que estar autorizada por ley y en qué circunstancias la actividad empresarial estatal tiene o no carácter subsidiario. La Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI no se publicó en el diario oficial El Peruano. Desde un punto de vista eminentemente formal, si no hay publicación, no hay precedente vinculante; sin embargo, los criterios interpretativos establecidos en esta resolución han sido aplicados en posteriores pronunciamientos¹⁷ de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. La “vinculatoriedad” no ha provenido de la publicación, un elemento formal que no se cumplió, sino de la contundencia y persuasión de los argumentos contenidos en el precedente.

El núm. 2.8 del art. V del Título Preliminar de la LPAG señala que la decisión que genera precedente (el criterio interpretativo) no puede ser anulada en sede administrativa, lo que significa que no puede ser anulada de oficio por el consejo o tribunal administrativo que la emitió. Por otro lado, el núm. 213.5 del art. 213 de la LPAG establece que los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros¹⁸.

¹⁵ De fecha 29 de noviembre de 2010, recaída en el Expediente 201-2008/CCD.

¹⁶ Pues confirmó la Resolución 157-2009/CCD-INDECOPI del 9 de septiembre de 2009, que había declarado fundada la denuncia interpuesta por Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Antiplano – Puno por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el art. 60 de la Constitución, supuesto recogido en el núm. 14.3 del art. 14 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

¹⁷ A modo de ejemplo, podemos citar los fundamentos 54 y 55 de la Resolución 0581-2015/SDC-INDECOPI (Expediente 0062-2013/CCD) de fecha 29 de octubre de 2015.

¹⁸ Esta atribución solo puede ejercerse dentro del plazo de dos años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. También procede que el titular de la entidad pública demande su nulidad en

Una interpretación sistemática y armónica del núm. 2.8 del art. V del Título Preliminar y el núm. 213.5 del art. 213 de la LPAG conduce a diferenciar al precedente de la resolución del caso concreto que da pie al precedente. Así, la resolución o acto administrativo tiene dos partes diferenciadas: de un lado, el acto administrativo que resuelve el caso concreto; del otro, el criterio interpretativo que constituye precedente de observancia obligatoria. El consejo o tribunal, por unanimidad de sus integrantes, puede anular de oficio¹⁹ el acto administrativo que resuelve el caso concreto, si es que agravia el interés público o lesiona derechos fundamentales (núm. 213.5 del art. 213), pero no puede anular el precedente que acompaña a dicho acto administrativo (núm. 2.8 del art. V del Título Preliminar). Veamos el siguiente ejemplo hipotético.

Asumamos que la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi emite la Resolución 001-2021/SPC-Indecopi, de mayo de 2021, por medio de la cual sanciona a un proveedor por la realización de una práctica abusiva y, adicionalmente, establece un precedente de observancia obligatoria que interpreta el contenido, sentido y alcance del art. 57 de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor²⁰. Cinco meses después, dicha Sala se percató de que en el caso anterior, el proveedor ofreció pruebas que no fueron valoradas, lo que significa que se violó su debido procedimiento, que es un derecho fundamental. Para corregir el asunto, emite la Resolución 002-2021/SPC-Indecopi, en octubre de 2021, aprobada por unanimidad de los integrantes del colegiado, que anula parcialmente la Resolución 001-2021/SPC-Indecopi. Anula el extremo de la sanción impuesta al proveedor, ordenando que se emita un nuevo pronunciamiento que valore las pruebas omitidas, pero deja a salvo el extremo de la resolución expedida en mayo que aprobó el precedente de observancia obligatoria. Al mes siguiente, mediante Resolución 003-2021/SPC-Indecopi, de noviembre de 2021, la mencionada Sala se pronuncia nuevamente sobre el caso, valorando en esta oportunidad las pruebas omitidas y, aplicando el precedente aprobado en mayo, declara que el proveedor no violó el art. 57 de la Ley 29571.

la vía de proceso contencioso administrativo (acción de lesividad), siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

¹⁹ Dentro del plazo de dos años contados desde la fecha en que el acto administrativo haya quedado consentido.

²⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor.-

«Artículo 57.- Prácticas abusivas

También son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.»

El precedente puede ser modificado. No puede obligarse a un tribunal a que mantenga un criterio interpretativo —efectuado por un anterior colegiado— que no comparte. Pero como se ha señalado, el nuevo colegiado deberá motivar adecuadamente el cambio que pretende efectuar, deberá dar fundadas razones por las cuales considera que el nuevo criterio interpretativo es mejor que el antiguo; de lo contrario, su actuación será arbitraria.

Una vez establecido un precedente, este no puede aplicarse a situaciones anteriores. Los administrados actuaron en base al criterio anterior, no en función del nuevo, que desconocían. El precedente no tiene efecto retroactivo, salvo que fuese más favorable para los administrados. Asumamos que el precedente vinculante “1”, de mayo de 2017, establece que la conducta “X” constituye infracción administrativa, y como es de observancia obligatoria, las primeras instancias fallan en ese sentido, sancionando a los administrados que han realizado dicha conducta. Al cabo de dos años, el mismo Tribunal de última instancia, porque reconsidera el asunto o porque tiene una nueva conformación (en cualquier caso con la debida motivación), expide, en mayo de 2019, el precedente vinculante “2”, que razona en el sentido de que la conducta “X” no constituye infracción administrativa. Pues bien, el precedente “2” no solo se va a aplicar «de ahora y en adelante», sino también a las conductas realizadas al amparo del anterior precedente. En consecuencia, si a partir de mayo de 2019 suben en apelación casos sancionados en primera instancia con el anterior precedente, el Tribunal deberá aplicar a estos casos (que se relacionan con hechos acaecidos con anterioridad a la emisión del precedente “2”) el nuevo precedente, que es más favorable; y respecto de los casos más antiguos, que se encuentran posiblemente en discusión en el ámbito del proceso contencioso administrativo, los administrados podrán alegar a su favor la existencia del precedente “2”.

El cambio de criterio interpretativo del derecho positivo no puede afectar a los actos administrativos ya firmes que se expidieron con el anterior criterio jurisprudencial. La sola modificación de los criterios interpretativos no faculta la revisión de oficio en sede administrativa de un acto administrativo firme. El hecho de que la Administración efectúe una interpretación diferente del derecho positivo en un caso posterior no genera, por sí mismo, la nulidad de un acto previo emitido con la anterior interpretación.

¿La primera instancia administrativa puede apartarse del precedente vinculante emitido por el Tribunal de segunda y última instancia? Si el precedente es vinculante, de observancia obligatoria, la autoridad o autoridades de primera instancia tienen que acatar el precedente sobre la base del principio de jerarquía. Como dice Cairampoma (2014):

«...en el supuesto de que el órgano de mayor jerarquía emita un precedente administrativo, este cumplirá con el carácter horizontal, debido a que la decisión lo vinculará en sus actuaciones posteriores, y con el carácter vertical, debido a que, por jerarquía, su decisión resultará vinculante para los órganos inferiores...» (p. 490).

Lo que puede hacer la primera instancia, si discrepa abiertamente del precedente, es consignar las razones de su discrepancia, pero acatar el precedente, pues es vinculante. Así, manifiesta su posición y salva su conciencia, pero al mismo tiempo, en aplicación de los principios de legalidad y jerarquía, respeta la obligatoriedad del precedente. La segunda instancia, eventualmente, podría considerar atendibles los fundamentos esbozados en la discrepancia, y podría modificar el criterio interpretativo. En el derecho no hay verdades absolutas. A veces somos testigos de que las resoluciones de primera instancia son mejores que las de la segunda. Nada impide que el tribunal administrativo (de segunda instancia) recapacite, acepte su error y modifique el precedente, y esta reconsideración puede deberse en gran medida a la influencia positiva de la discrepancia mencionada por la primera instancia. En todo caso, es el Tribunal de segunda y última instancia quien tiene la última palabra, al menos en sede administrativa, respecto de cuál es el criterio interpretativo vigente del derecho positivo.

10. LOS ACUERDOS PLENARIOS QUE APRUEBAN PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA SIN RESOLVER CASOS CONCRETOS

La LPAG es clara en señalar que los precedentes administrativos vinculantes son emitidos en el marco de la resolución de casos concretos. Sin embargo, algunos tribunales regidos por leyes especiales vienen emitiendo acuerdos plenarios (o de sala plena), a través de los cuales aprueban precedentes de observancia obligatoria sin resolver un caso concreto.

Así, por ejemplo, en Sesión de Sala Plena 014-2018 del 23 de noviembre de 2018, los vocales del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud – Susalud adoptaron el Acuerdo 007-2018²¹, por medio del cual, sin resolver un caso concreto, aprobaron un precedente de observancia obligatoria sobre la aplicación de la caducidad en el procedimiento trilateral sancionador. El criterio interpretativo adoptado por dicho colegiado es el siguiente:

«1. La caducidad del procedimiento sancionador, regulada por el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incorporado

²¹ Publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2018.

por el Decreto Legislativo N° 1272 y modificado por Decreto Legislativo N° 1452, procede únicamente para aquellos procedimientos administrativos sancionadores que son iniciados de oficio -PAS puros; no siendo de aplicación para aquellos procedimientos trilaterales sancionadores, que son tramitados ante la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, cuyas características son especiales.

2. En el caso que un procedimiento iniciado ante la primera instancia como uno trilateral sancionador, posteriormente, se reconduzca como un procedimiento administrativo sancionador de oficio -PAS, a este último se aplicarán las reglas de la caducidad del procedimiento establecidas por la ley acotada en el numeral precedente.

(...)»

Otro ejemplo son las Resoluciones de Sala Plena 001-2020-SERVIR/TSC y 002-2020-SERVIR/TSC del 22 de mayo de 2020²², por medio de las cuales los vocales integrantes de la Primera y Segunda Sala del Tribunal del Servicio Civil aprobaron, sin resolver casos concretos, dos precedentes de observancia obligatoria: el primero, sobre la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción del régimen disciplinario previsto en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, durante el estado de emergencia nacional declarado debido a la pandemia de la COVID-19; y el segundo, sobre el deslinde de responsabilidades por nulidad del procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República y el cómputo del plazo de prescripción del procedimiento administrativo disciplinario derivado de informes de control.

Los mencionados precedentes de observancia obligatoria no cumplen el requisito exigido por el art. VI del Título Preliminar de la LPAG, consistente en interpretar de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación «al resolver casos particulares». ¿Constituyen o no auténticos precedentes de observancia obligatoria? En teoría es discutible sostener que lo sean debido a que no resuelven casos concretos.

Al no resolver casos concretos, se abre un espacio de debate en cuanto al control jurisdiccional del precedente. ¿Son impugnables estos acuerdos plenarios? Si estos “precedentes”, como debiera ser, complementarían al acto administrativo que resuelve un caso concreto, tal como ocurre en la hipotética Resolución 001-2021/SPC-Indecopi, mencionada como ejemplo hace un momento, la impugnación de dicho acto administrativo a través del proceso contencioso administrativo permitiría a la judicatura no solo revisar la legalidad de asunto resuelto, sino también la interpretación

²²

Publicadas ambas en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2020.

jurídica (el precedente) efectuada por la Administración. Los acuerdos plenarios del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud y del Tribunal del Servicio Civil no constituyen actos administrativos, pues no tienen efectos jurídicos directos sobre los intereses, obligaciones o derechos de uno o más administrados debidamente individualizados en el marco de una situación concreta.

El que no sean actos administrativos no debiera llevarnos a pensar que se cierra toda posibilidad de control jurisdiccional. No existen ámbitos de la actuación administrativa exentos del control jurisdiccional, pues ello afectaría el normal equilibrio de poderes que debe existir en un Estado Constitucional de Derecho. Parte de los «*checks and balances*», los pesos y contrapesos en el ejercicio del poder público, es el control jurisdiccional que efectúan los jueces respecto de toda actuación de la Administración. Así, es inadmisibles sostener que tales acuerdos plenarios sean inimpugnables.

Es cierto que a la larga los “precedentes” aprobados en los mencionados acuerdos plenarios serán materia de control jurisdiccional en la medida que tales criterios interpretativos serán incorporados en futuros actos administrativos que resuelven casos concretos. Así, por ejemplo, los criterios jurídicos establecidos en los acuerdos plenarios del Tribunal del Servicio Civil serán consignados, eventualmente, en actos administrativos que resuelven procedimientos administrativos disciplinarios, y los servidores o exservidores civiles sancionados sobre la base de dichos criterios impugnarán las decisiones hasta llegar al proceso contencioso administrativo, momento en el cual la judicatura, además de analizar la legalidad de las sanciones, podrá confirmar o revocar el criterio interpretativo utilizado para sancionar a los administrados impugnantes. En consecuencia, solo es cuestión de tiempo que el precedente fijado en el acuerdo plenario sea a su vez incorporado en un acto administrativo, de modo que el control jurisdiccional de este acto permita a su vez la revisión judicial del criterio interpretativo.

¿Es posible impugnar directamente los acuerdos plenarios? La respuesta no es sencilla. Por ahora advertimos, con carácter preliminar, dos posibles escenarios.

El primero, el proceso contencioso administrativo. El núm. 1 del art. 4 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo²³ establece como actuaciones impugnables los actos administrativos «y cualquier otra declaración administrativa». Sobre el particular, Huapaya Tapia (2006) señala que «...es importante

²³ Ley 27584, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2001, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo 011-2019-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de mayo de 2019.

aclarar que lo anteriormente afirmado, no debe conducirnos a equiparar al acto administrativo a “toda declaración administrativa”, con la finalidad de evitar que la actividad administrativa quede fuera del control jurisdiccional. Por loable que sea esta intención, es inservible para la adopción de un concepto estricto del acto administrativo.» (p. 558).

Podemos inferir del texto del núm. 1 del art. 4 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo que hay «declaraciones administrativas» que no son actos administrativos. Los acuerdos plenarios citados como ejemplos párrafos arriba, si bien no son actos administrativos, son declaraciones administrativas. Declaran cómo debe interpretarse el derecho positivo. Entonces, tales acuerdos plenarios, ¿califican como declaraciones administrativas, distintas al acto administrativo, susceptibles de ser impugnadas a través del proceso contencioso administrativo?

El segundo, la acción popular. El art. 76 del Código Procesal Constitucional²⁴ establece que la demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según sea el caso.

Los acuerdos plenarios mencionados no son reglamentos administrativos. Ni el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud ni el Tribunal del Servicio Civil gozan de la potestad reglamentaria. La pregunta, sin embargo, es si establecer un criterio interpretativo con carácter general califica o no como «norma administrativa de carácter general» o «resolución administrativa de carácter general».

Los criterios interpretativos (precedentes administrativos) son fuente del derecho; fuente indirecta pero fuente del derecho a fin de cuentas. Lo reconoce la doctrina administrativista y también la propia LPAG. Y como se ha explicado desde un inicio en el presente trabajo, toda fuente del derecho expresa una norma jurídica. Los criterios interpretativos, los criterios jurisprudenciales provenientes de la Judicatura o de la Administración, constituyen normas jurídicas. Pues bien, un precedente administrativo de observancia obligatoria que interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, si bien no es un reglamento, si bien no forma parte de la legislación, sí expresa una norma jurídica (el precedente) que tiene efectos generales. La interpretación jurídica, el criterio interpretativo, tiene efectos generales. ¿No es suficiente esto para calificar a los mencionados acuerdos plenarios como «normas administrativas de carácter general»? Los acuerdos plenarios, resulta

²⁴ Ley 28237, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de mayo de 2004.

pertinente mencionarlo, también pueden estar contenidos en «resoluciones». Es el caso de los acuerdos plenarios del Tribunal del Servicio Civil: las Resoluciones de Sala Plena 001-2020-SERVIR/TSC y 002-2020-SERVIR/TSC del 22 de mayo de 2020. ¿Pueden calificar estas resoluciones como «resoluciones administrativas de carácter general»?

11. CONCLUSIONES

La legislación y la jurisprudencia constituyen fuentes del derecho. La legislación es una fuente directa, la jurisprudencia una indirecta. La jurisprudencia es la interpretación de la legislación. Es el criterio jurídico interpretativo que la autoridad jurisdiccional o administrativa extrae de la legislación. El criterio interpretativo es una norma jurídica.

El precedente administrativo es el criterio jurídico interpretativo aplicado en un caso anterior que la Administración aplica en un caso posterior al existir identidad subjetiva, fáctica y normativa entre ambos casos. Si la autoridad administrativa no respeta la coherencia que el precedente representa, su actuación puede ser entendida como una violación de los principios de igualdad, de interdicción de la arbitrariedad, de predictibilidad, de seguridad jurídica y de confianza legítima. Por tal razón, para apartarse del precedente sin que ello signifique una transgresión de los mencionados principios, la autoridad administrativa debe fundamentar adecuadamente las razones que la llevan a adoptar un criterio interpretativo diferente.

El núm. 2.8 del art. V y el art. VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General regulan un tipo especial, cualificado, de precedente, de carácter prospectivo, denominado «precedente administrativo de observancia obligatoria», el cual presenta las siguientes características:

- a) Son actos administrativos que, al resolver casos particulares, interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación: establecen criterios interpretativos de alcance general.
- b) Son emitidos por tribunales o consejos, de última instancia administrativa, regidos por leyes especiales.
- c) Se publican en el diario oficial El Peruano.
- d) Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas por el tribunal o consejo que las emitió.
- e) El precedente es de observancia obligatoria (vinculante), mientras la interpretación contenida en el precedente no sea modificada.

- f) Los criterios interpretativos podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o son contrarios al interés general.
- g) La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorables a los administrados.
- h) La sola modificación de los criterios interpretativos no faculta la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Algunos tribunales administrativos de última instancia vienen aprobado, a través de acuerdos plenarios, precedentes administrativos de observancia obligatoria sin resolver casos concretos, incumpliendo lo establecido en el art. VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Este escenario abre el debate sobre si dichos acuerdos plenarios son o no susceptibles de ser impugnados directamente, esto es, sin tener que esperar que el criterio interpretativo contenido en ellos se aplique en actos administrativos susceptibles de impugnación.

12. LISTA DE REFERENCIAS

- Cairampoma Arroyo, A. (Julio-Noviembre, 2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* (Derecho Internacional: Crisis, Temas en Debate y Solución de Controversias). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, (73), pp. 483-504.
- Cassagne J. C. (2010). *Derecho Administrativo. Tomo I*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Coscolluela Montaner, L. (2010). *Manual de derecho Administrativo. Parte General*. Navarra: Civitas – Thomson Reuters – Editorial Aranzadi, S.A.
- Díez-Picazo, L. M. (1982). La doctrina del precedente administrativo. En: *Revista de Administración Pública*, (98), pp. 7-46.
- Esteve Pardo, J. (2011). *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Gómez Apac, H. (mayo/junio 2005). El sistema legislativo peruano. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, LV (62), pp. 255-272.
- Gómez Apac, H. (2019). Prólogo. La jurisprudencia como fuente de derecho, el juez como creador de derecho. En: Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 - Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*, Editorial San Gregorio S.A. – Universidad San Gregorio de Portoviejo, Quito, 2019.
- Guzmán Napurí, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

- Huapaya Tapia, R. (2006). *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*. (14ª edición, Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ortiz Díaz, J. (1957) El precedente administrativo. En: *Revista de Administración Pública*, (24), pp. 75-116.
- Parada R. (2010). *Derecho Administrativo I. Parte General*. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Sánchez Morón, M. (2017). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Santofimio Gamboa, J. O. (2011). La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano. En: *Revista de Derecho*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 10 (20) pp. 127-154.
- Tirado Barrera, J. A. (2010). El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (pp. 133-149). En: AA.VV (Asociación Peruana de Derecho Administrativo, coordinador). *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

ESCRIBEN

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
(Director)

Jorge Danós Ordóñez
Juan Carlos Morón Urbina
(Coordinadores)

Alberto Cairampoma Arroyo | Alberto Castro Barriga
Alexandra Molina Dimitrijevič | Eduardo Cordero Quinzacara
Erick Cuba Meneses | Fernando Ballon Estacio
Francisco J. Ochoa Mendoza | Gianfranco Iparraguirre Romero
Hugo R. Gómez Apac | Héctor A. Mairal | Janeyri Boyer Carrera
José Antonio Tirado Barrera | Juan Carlos Cassagne
Laura Francia Acuña | Luis Miguel León Luna
Manuel Rebollo Puig | María Morena del Río | Mario Linares Jara
Milagros Maraví Sumar | Miriam Mabel Ivanega
Paul Villegas Vega | Pierino Stucchi López Raygada
Ricardo Salazar Chávez | Richard J. Martín Tirado
Roberto Jiménez Murillo | Rosa Fernanda Gómez González
Verónica Rojas Montes | Zita Aguilera Becerril



ISBN: 978-9972-2569-1-2



9 789972 256912