

RECENSIONES

Enrique RIVERO YSERN y Marcos FERNANDO PABLO. *Equidad, Derecho administrativo y Administración Pública en España*. Editorial Andavira

Los profesores Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo han asumido, solidariamente y con acierto, la realización de un espléndido trabajo sobre la Equidad.

Cuando empecé a leerlo sentí una sensación de frescor y recuerdo.

De frescor por cuanto considero que estos temas son los que pueden revitalizar el Derecho y muy especialmente el Derecho administrativo. El número de publicaciones sobre la disciplina en los últimos años se ha elevado, quizá de forma excesiva, por circunstancias no siempre relacionadas con la búsqueda científica en nuestra asignatura.

Volver a los clásicos, a los principios, a las instituciones y hacerlo para dar vida al presente es, a mi juicio, el camino a seguir frente a las actuales propuestas de reforma en la investigación y docencia universitarias.

También me traía recuerdos. El libro que firma mi querido hermano con mi amigo Marcos me ha devuelto a las primeras clases recibidas de la mano de nuestro maestro D. Manuel Clavero Arévalo, allá por el año 1969 cuando en las aulas de nuestra querida Fábrica de Tabacos cursaba mi tercer curso de la licenciatura.

“Clavero” nos explicaba e insistía en que legalidad y juridicidad no eran lo mismo. Que el derecho administrativo era “ordenamiento”; Aprendimos la necesidad de que el Derecho acompañara y guiara la evolución de la sociedad a la que sirve si no quería caer en el desuso. Que el Derecho debía portar los valores de la sociedad a la que sirve...

Aquello ya lo habíamos oído en las clases de Derecho romano porque nos habían hablado de las Magistraturas basadas en la equidad...

Y es que el concepto “equidad” posiblemente sea tan antiguo como el hombre - al menos desde que el hombre comprendió que el sábado era para él y no él para el sábado.

Los autores del trabajo remueven a su manera todo aquello. La idea aristotélica de la epiqueia; la equidad particular como complemento, o mejor, como parte de la equidad general.

No cabe oposición entre derecho positivo y “equidad”; esta tiene que estar en aquél. El conflicto se planteará, en todo caso, entre la generalidad y abstracción de la regla y el resultado a que esta debe conducir en un caso particular, caso cuyas peculiaridades no pueden ser contempladas desde la generalidad de la norma.

La equidad como criterio de cobertura de *la aplicación de potestades administrativas*, como criterio *configurador del ejercicio de potestades administrativas*; la equidad como *criterio corrector de las disfunciones en la aplicación de la norma* y garantizador del cumplimiento de la finalidad atribuida a la norma; la equidad como *criterio vinculante a los operadores jurídicos para considerar las consecuencias de hecho a las que conduce la mecánica aplicación de las normas* y que obliga a tomar en consideración la necesidad de dar cobertura y protección a intereses de facto que la norma positiva no ha podido recoger *y que podrían encontrarse cubiertos por valores y principios constitucionales*.

En torno a todo ello, los autores, con un examen incisivo de concretas situaciones, van extrayendo consecuencias de la mano de la jurisprudencia en una labor creativa y sugerente.

Punto básico de partida del trabajo –este es uno de sus aciertos– es el examen de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Con cita oportuna y amena, Rivero Ysern y Fernando Pablo nos explican como la equidad ha impulsado la evolución del Derecho administrativo en Francia y desvelan el grado de analogía o diferencias de nuestro contencioso administrativo con el contencioso francés a lo largo de su evolución para valorar su acogida pasada y su posible futuro en nuestro Derecho.

El origen del contencioso francés en el marco de los principios revolucionarios y en la propia concepción revolucionaria del reparto de poderes (jurisdicción administrativa externa no sujeta al poder judicial) y su evolución (etapa de justicia retenida o delegada), muestran un mayor poder discrecional del Juez administrativo frente al judicial y unas mayores posibilidades de fallar en

equidad que las del juez civil -sujeto a la necesaria autorización expresa del Co-de civil.

Las decisiones del Consejo de Estado Francés en materia de responsabilidad administrativa y de responsabilidad contractual basadas en la equidad permitieron elaborar teorías tan importantes como la del equilibrio contractual, los perjuicios desproporcionados o la teoría del enriquecimiento sin causa.

En nuestro país, explican los autores, la evolución de la justicia administrativa refleja, a lo largo del XIX su falta de “asentamiento” que impidió que el sistema de autocontrol en equidad prosperara entre nosotros. Pese a ello, la jurisprudencia del Consejo Real y de los Consejos provinciales manejan institutos propios de la equidad.

La Ley de 13 de septiembre de 1888 (en vigor prácticamente hasta la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956), cerró la aplicación de la equidad al permitir únicamente el control por lesión de derechos subjetivos administrativos perfectos ocasionada en uso de facultades regladas, impidiendo el control de toda actividad jurisdiccional. El control contencioso resultante fue un control de *ius strictum*.

La jurisprudencia, en la misma línea (STS de 3 de octubre de 1930), recordaba que el artículo 1 de la Ley exige, entre otros requisitos “*que se alegue un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto*”, por lo que se declara la falta de jurisdicción si “*no se alega precepto alguno, ni cita, que se suponga vulnerado y se dice tan solo que bastan los principios generales del derecho y razones de equidad*”.

Con algunas correcciones en la jurisprudencia de los años sesenta, este planteamiento, contrario a la admisión de la equidad, se prolonga hasta el ne-constitucionalismo.

Un impedimento adicional vino de la mano del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa: una visión del carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa, que podría dar a entender que la “equidad”, aplicada en su caso por la Administración, no podía ser corregida por los Tribunales. Y no solo eso sino también que la falta de equidad de la resolución administrativa no podía ser utilizada aisladamente, como medio para combatir la actividad administrativa ni decretada por los tribunales como causa de anulación de aquella.

En esta evolución, el neoconstitucionalismo, desplazará hacia el juez la interpretación constitucional. De tal forma que aún sin estar plenamente asentada tal tendencia, la jurisprudencia contencioso-administrativa española responde a este *ambiente* y hace entrar en juego a la más tradicional idea de la equidad de distintas maneras: seleccionando hechos en principio irrelevantes para el derecho estricto; corrigiendo las consecuencias de facto del estricto derecho; recomponiendo el equilibrio y la equivalencia de prestaciones en la actividad contractual; aplicando el principio de proporcionalidad (en su sentido más tradicional) a las autorizaciones, licencias y sanciones; cuantificando indemnizaciones y justiprecios (artículo 43 de la LEF); insistiendo en materia contractual en la prohibición del enriquecimiento sin causa (institución típica de equidad) ante defectos en la formalización de los contratos o dificultades interpretativas en su liquidación o, finalmente, prohibiendo, aún sin texto expreso, un resultado “manifiestamente injusto”, en el ejercicio de potestades discrecionales.

Dos ideas importantes me transmiten los autores en relación al tratamiento de la equidad en la reforma del Título Preliminar del Código civil y en nuestro vigente Texto Constitucional.

La primera es que frente a la redacción primitiva del Título Preliminar del Código civil, que generó una jurisprudencia contraria a la invocación frente al Derecho positivo de reglas de equidad, el nuevo Título Preliminar vino a incorporar la equidad como criterio aplicativo de la norma en concurrencia con otros.

La equidad no se contempla *en el sistema de fuentes sino en los criterios de aplicación de las fuentes*. Es, sin embargo, una fuente material para la aplicación de la norma a cada caso. Su función es corregir el rigor de la norma positiva a la vista de cada relación y cada caso, lo que va más allá, (como Fernández Rodríguez advierte) del simple razonamiento subsuntivo y conlleva un elemento creativo

La segunda es que en el artículo. 3-2 del Código Civil, la equidad mira hacia el resultado que se produce como consecuencia de la pura subsunción de los hechos en la norma.

La equidad así entendida, supone, además, un cierto control de la propia norma a través del acto administrativo que la aplica. Si el resultado de éste es *injusto* (en el sentido antes descrito), es la norma la que adolece de incoherencia: su *inequidad*, puede no ser “ilegalidad”, pero la inadecuación a la realidad, que se comunica al acto, requiere su rectificación cuando la situación fáctica

concreta y singularizada, que dio lugar a la aplicación de la equidad, se generaliza.

El último capítulo del trabajo se ocupa de la vinculación de la Administración y el Derecho administrativo a la equidad.

Frente a la concepción iuspositivista del Derecho, la participación en la potestad normativa de la Administración a través de la potestad reglamentaria supuso la apertura del Derecho administrativo y de la Ley de lo contencioso de 1956 a modos ordenamentalistas y con ello a la equidad en la aplicación judicial

El Consejo de Estado admitía que “el principio de equidad del art. 3 del Cc había de ponderarse en la aplicación de las normas administrativas que *adoptan una estructura sinalagmática* en virtud de la cual ante determinada conducta del particular se espera una respuesta de contrapartida de la Administración pública. A lo que los autores del trabajo añaden la actuación unilateral, en cuanto la equidad se constituye en límite del ejercicio de la potestad de revisión de oficio.

El criterio de equidad es especialmente valioso en el ejercicio de potestades discrecionales: el control de los hechos, indagar si la Administración los valoró mal o debiendo haberlos valorado en un sentido lo hizo en otro. Todo ello no es más que la puesta en marcha del mecanismo de control frente a resoluciones cubiertas de legalidad formal pero desnudas de una justicia humanizada.

La realidad demuestra que hoy, y cada vez con mayor frecuencia, la legalidad atribuye potestades a la Administración para actuar en equidad a través de formulas varias: creando órganos de *resolución extrajudicial* de conflictos que vienen a resolver en equidad; *actuando los llamados derechos de tercera generación* y de igualdad de género o haciendo efectiva la protección frente a la incapacidad y las minusvalías. En suma ayudando a la consagración efectiva de estos nuevos derechos de acogida constitucional.

Este capítulo final es una invitación a seguir avanzando en la línea que abren los autores de este estudio.

Advierten estos que: “*si como se ha dicho: “la equidad permite al Derecho administrativo negociar sus transformaciones actuales y encarar las exigencias del nuevo siglo, siendo potencialmente factor de transformaciones saludables en el momento en que muchos anun-*

cian el fin del derecho público y el marchitar del derecho administrativo” (Ribot), ello solo será posible si el derecho administrativo retorna a sus fuentes y, siguiendo al legislador en la formulación de nuevos derechos públicos subjetivos (esto es, nuevos poderes conferidos por el derecho público a un individuo para exigir al Estado un comportamiento determinado en vistas de la satisfacción de sus propios intereses) encuentra la manera de hacer corresponder el resultado práctico de su aplicación, con las necesidades, no ya de los ciudadanos en particular, si no de la persona en singular.

No se trata de postergar, obviamente, ni la legalidad ni la seguridad jurídica sino de tomar conciencia de la necesidad de proporcionar equilibrio a las demandas de los ciudadanos, en el marco de una nueva generación de derechos públicos subjetivos.

Concluyo. Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo han abordado con amenidad, profundidad y brillantez el tratamiento de lo que ha sido el hilo conductor de la construcción pretoriana del Derecho administrativo francés y de nuestro propio Derecho administrativo.

Ni más ni menos.

Han destacado el valor del principio. La trascendencia que ha tenido y que debe tener en el desarrollo de nuestro futuro derecho administrativo.

Su esfuerzo nos invita a asumir la tarea de hacer crecer con nuevos estudios esta semilla, por olvidada, tan pequeña y a la vez tan grande: la equidad.

*Sevilla. Septiembre de 2011.
José Luis Rivero Ysern*