

JOSÉ ESTEVE PARDO

**EL CAMINO
A LA DESIGUALDAD
DEL IMPERIO DE LA LEY
A LA EXPANSIÓN DEL CONTRATO**

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA | SÃO PAULO

2023

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	
I. EL LENTO AVANCE DEL CONTRATO DESDE EL FONDO DE LA HISTORIA	25
II. LA FUERZA DE LA LEY Y SU PROYECCIÓN SOCIAL. MARCO Y LÍMITE DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL	30
III. LOS VALORES DE JUSTICIA MATERIAL EN LA CONTRATACIÓN..	34
IV. LEY VS. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN. LA BATALLA EN LA <i>SUPREME COURT</i> DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	36
V. EL XX, EL SIGLO DE LA LEY Y SU GRAN REALIZACIÓN, EL ESTADO SOCIAL.....	42
VI. EL XXI, EL SIGLO DEL CONTRATO Y LA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL.....	46
1. La quiebra de los regímenes estatutarios, objetivos, de configuración por ley y de igualdad ante ella.....	48
2. Los avances de la ingeniería contractual y la plataforma de las nuevas tecnologías.....	50
3. La radicalización del contrato en torno a la autonomía de la voluntad y el libre consentimiento	52
CAPÍTULO II	
I. LA COLONIZACIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	57
II. EL CONTRATO COMO PRODUCTOR DE NORMAS.....	58

	<u>Pág.</u>
III. LA INFILTRACIÓN DEL CONTRATO EN EL APARATO EJECUTIVO DEL ESTADO	63
1. El convenio como tejido de la red de administraciones públicas.....	63
2. La retirada de la Administración en el frente de los servicios públicos y el de la seguridad. La inmediata ocupación de esos espacios por una trama contractual privada.....	65
3. La transacción con la Administración y la colaboración premiada.....	67
IV. LA JUSTICIA NEGOCIADA	68
1. Evitando el estrépito de juicio: arbitrajes y otras fórmulas contractuales de resolución de conflictos	68
2. La tramitación jurisdiccional a la carta: los contratos procesales.....	70
3. En el corazón de la justicia penal: las conformidades (<i>essentialy contracts</i>)	73
V. DISPONIBILIDAD Y CONTRATACIÓN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	77
1. La disposición sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la contractualización de la justicia	79
2. A modo de ejemplo. La disponibilidad y renuncia de derechos fundamentales en el deporte profesional. El doble cerco contractual.....	80
3. Los contratos de confidencialidad sobre derechos de expresión y producción científica	82
4. La recurrente cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (<i>drittwirkung</i>).....	83

CAPÍTULO III

I. CAUSAS Y EXPLICACIONES DE LA EXPANSIÓN CONTRACTUAL	78
II. LA REFORZADA POTENCIA DE SU COMPONENTE SUBJETIVO: INDIVIDUALIZACIÓN, AUTODETERMINACIÓN PERSONAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	88
1. El individualismo de la izquierda neoliberal y su ataque a las organizaciones comunitarias y estatutarias. Otra vez, con Summer Maine, del estatus al contrato.....	89
2. Lo subjetivo, lo disponible, lo sensible, se impone sobre lo objetivo, lo racional, lo colectivo, lo articulado en torno a la institución	97
III. LA EXPANSIÓN DEL MERCADO Y DEL OBJETO DEL CONTRATO	99
1. La nueva desvinculación de bienes y derechos para entregarlos al tráfico contractual	99
2. El mercado de títulos administrativos.....	101
3. La desvinculación, <i>unbundling</i> , en los servicios públicos, su apertura a la competencia y entrada en el mercado	105

CAPÍTULO IV

I.	LAS VÍAS DE INFILTRACIÓN DEL CONTRATO EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.....	107
1.	Las brechas abiertas en la correlación entre Estado y sociedad.....	108
2.	La crisis postmoderna de los grandes relatos sobre la ley, la justicia y la búsqueda de la verdad. El relato en corto del contrato	110
3.	La total ausencia de ideas, bases teóricas o dogmáticas que apoyen la penetración del contrato en la estructura del Estado. La excepción de la corriente libertaria de base tecnológica.....	114
4.	Los prosaicos relatos deconstructores de lo público —ineficiencia, autoritarismo, incertidumbre— y el contrato como remedio.....	116
5.	La explicación del avance e infiltración del contrato por su sintonía con las pulsiones primarias y fibras humana.....	119
II.	LA GRAN VICTORIA NEOLIBERAL. LA DECONSTRUCCIÓN DISCRETA Y CONTENIDA DEL ESTADO DE DERECHO	122
1.	La autonomía de la voluntad, la autodeterminación personal, como nuevo centro de gravedad constitucional	122
3.	La discreta deconstrucción del orden legal, con sus enunciados generales e igualitarios, por la acción sistémica del contrato	131

CAPÍTULO V

I.	EL ESTADO DE DERECHO RESIDUAL.....	135
1.	El mantenimiento de una fachada que oculta transformaciones de gran calado	135
2.	La instalación del cinismo ante el desvanecimiento de los grandes relatos y la falta de ideas y concepciones alternativas.....	139
II.	EL CAMINO A LA DESIGUALDAD	141
1.	El ambiente y síntomas de la transición a un nuevo feudalismo.....	143
2.	La crisis del contrato fundante de la comunidad política y la mejor tradición liberal	144
	EPÍLOGO	147
	NOTA BIBLIOGRÁFICA.....	151

INTRODUCCIÓN

I

Las uvas de la ira, de John Steinbeck, es una novela dura y por momentos sobrecogedora que da cumplida cuenta de la crisis económica y social que asoló a los Estados Unidos de América en los años treinta del pasado siglo. Sus causas, sobre todo las más remotas, son todavía objeto de estudio y debate, pero el detonante fue muy visible: el *crack* de la bolsa de Nueva York del 29 de octubre de 1929. Quien ostentaba en esa fecha la presidencia de la nación, Herbert Hoover, creyó que la operativa del mercado en el sistema capitalista, que tanta riqueza había reportado, reajustaría de manera natural las disfunciones que se pensaba estaban en el origen de la crisis («*Let the slump liquidate itself*», dijo). No fue así. Hasta los bienes básicos, como la alimentación o la energía, escasearon dramáticamente y el paro laboral atenazó a millones de personas.

En 1932 Franklin Delano Roosevelt ganó las elecciones a la presidencia de los Estados Unidos con su promesa de un cambio de modelo, un nuevo acuerdo social, un *New Deal*. Para reactivar la economía y para proteger la posición de los trabajadores adoptó toda una serie de medidas económicas (entre ellas el incremento del gasto público, la construcción de obras públicas) y, también, legislativas: toda una batería de leyes sobre condiciones laborales —horarios de trabajo, equiparación retributiva de las mujeres— y atenciones sociales. Una legislación que contaba con un amplio apoyo parlamentario y la rendida aceptación de la mayoría de los agentes sociales.

Pero Roosevelt se topó con un inopinado y rocoso adversario: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que se opuso de plano a

su legislación social y laboral. La doctrina de la *Supreme Court* con mayor potencial destructivo de esa legislación era la relativa a la libertad de contratación. Una doctrina que se había radicalizado desde finales del XIX y según la cual la ley no podía interferir en los contratos que libremente acordasen las partes, empresarios y trabajadores, propietarios y arrendatarios, prestamistas y prestatarios. Así fue como la *Supreme Court* declaró inconstitucional toda una serie de leyes promovidas por Roosevelt que fijaban horarios máximos de trabajo en las jornadas laborales, que establecían la equiparación de las mujeres en el trabajo, que adscribían a los contratos de trabajo determinadas prestaciones sociales. Según la Corte Suprema, eran las personas contratantes las que libremente podían establecer los pactos y condiciones que considerasen convenientes. Nada tenía que decir la ley sobre ello. Sería una inadmisibles intromisión en una libertad fundamental reconocida en la Constitución, la libertad de contratación.

II

No se hizo esperar la reacción de Roosevelt ante estas sentencias que torpedeaban su programa legislativo. Era bien consciente de que no podía maniobrar para cambiar el rumbo de la jurisprudencia de la *Supreme Court*, pues sus magistrados son inamovibles, con mandatos vitalicios que solo pueden finalizar anticipadamente por dimisión personal. No era previsible que se diera alguna de estas circunstancias que permitirían al presidente de los Estados Unidos nombrar nuevos jueces en la Corte Suprema. Amagó entonces Roosevelt con la propuesta de una ley con la que se pretendería rejuvenecer la *Supreme Court* nombrando un nuevo juez de refuerzo por cada magistrado que rebasara la edad de setenta años. La ley no se llegó a tramitar, pero, en cualquier caso, la *Supreme Court* corrigió su doctrina al considerar acorde a la Constitución un conjunto de leyes impulsadas desde la Administración Roosevelt. Unas leyes que aseguraban la posición y derechos de los trabajadores, que apuntalaban la posición de los deudores hipotecarios, que reconocían una serie de derechos asistenciales básicos. Mediante la acción legislativa se estaba levantado el Estado del bienestar, con derechos y prestaciones que se reconocían por igual, por ley, a cualquier persona.

Los años treinta fueron todavía más terribles en Europa, por la crisis económica que se desató al inicio de esa década y, sobre todo, por el hundimiento de las denominadas democracias liberales y la emergencia de regímenes dictatoriales que, mostrando su faz criminal, la precipitaron en el mayor conflicto bélico que se conoce en la historia de la humanidad. Pero, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se asiste en Europa a la progresiva

generalización del modelo de Estado social que se construye sobre una serie de leyes que desarrollan y concretan derechos sociales establecidos por las constituciones; leyes que programan prestaciones y servicios en el ámbito de la educación, de la sanidad, de servicios sociales, de seguridad social, de pensiones; leyes que, también, imponen una serie de obligaciones tributarias para sostener ese programa asistencial. Leyes que instauran otros principios, como son el principio de igualdad en los derechos, de igualdad en la accesibilidad, de igualdad ante la ley, en suma. Leyes que por ello mismo establecen una relación entre el Estado y los ciudadanos que no se articula sobre el contrato, que es el instrumento de relación propio del mercado y de las relaciones entre particulares. Los servicios públicos y el cuadro de prestaciones del Estado social, al situarse al margen del mercado, se rigen básicamente por las leyes y sus desarrollos en normas reglamentarias que trenzan una relación estatutaria con los usuarios, que no invocan así unos supuestos derechos dimanantes de un contrato, sino el estatuto legal del que derivan sus derechos y sus obligaciones. El pasado siglo fue así, sobre todo en su segunda mitad, el siglo de la ley. Las constituciones de los estados de la Europa continental, aprobadas todas en aquel periodo y vigentes en la actualidad, rebosan de referencias a la ley, a los desarrollos legislativos, a la configuración legal de los derechos fundamentales, manteniendo siempre el núcleo constitucional, a las reservas legislativas, a la afirmación categórica del principio de legalidad y el imperio de la ley.

III

Aquella tendencia, marcada por el dominio de la ley sobre el contrato, comenzó a invertirse con el cambio de siglo. Se asiste desde entonces a una expansión galopante del contrato que no solo ha recuperado espacios, sino que ha conquistado territorios hasta ahora situados en la exclusiva órbita de la regulación legal. Ante las grandes transformaciones tecnológicas y sociales, el contrato ha mostrado una extraordinaria capacidad de adaptación en términos rigurosamente darwinistas, utilizando con gran provecho las nuevas tecnologías que han situado entre los más pujantes poderes económicos a las grandes tecnológicas, que hacen de la contratación global el eje exclusivo de su actividad (Uber no tiene ningún taxi, Airbnb ningún apartamento, ni siquiera Amazon edita libro alguno) y también el contrato ha desarrollado su propia ingeniería perfectamente adaptada a la creciente individualización que se registra en la sociedad y a su exposición a los intereses especulativos, una ingeniería contractual indexada a la economía financiera dominante hoy y que ofrece nuevos artificios contractuales, como

los *swaps* o los «estructurados», conocidos por el gran público con ocasión de la crisis financiera de 2008 que fue provocada por ellos.

Pero ese contraataque del contrato ha ido mucho más lejos, superando varias líneas defensivas que se consideraban infranqueables. No estamos ante nueva correlación entre ley y contrato, de las que se conocen varias a lo largo de la historia. Estamos ante una marea contractual de la más alta escala que no solo está desmantelando el entramado legal del Estado social, sino que se adentra de lleno en la estructura interior del Estado de Derecho, deconstruyéndola también en muchos espacios. Esto es lo verdaderamente novedoso y trascendente: la mutación del contrato, como si de un virus se tratara, que ha propiciado su infiltración en el andamiaje interno del Estado.

Es muy visible ya su avance en los tres frentes que supuestamente están bajo el dominio de poderes del Estado. En el frente normativo son abundantísimas y en clara expansión las normas de origen convencional, contractual, que se proyectan sobre la actividad económica, las aplicaciones tecnológicas, los sectores profesionales, los amplios espacios dominados por la complejidad ética. En el ejecutivo y en el aparato administrativo no es ya solo la liberalización de servicios públicos y su entrega al mercado y la contratación, también en la más nuclear actividad de policía administrativa ligada a la seguridad, donde la retirada de la intervención administrativa propicia que el control de seguridad y de cumplimiento de las normas se encomiende, mediante contrato, a entidades privadas: allí donde la ley y la regulación pública se repliegan, el espacio que dejan es de inmediato colonizado por el contrato. En el frente judicial y en sus aledaños la contractualización se está imponiendo de lleno: en la fase alternativa de la resolución de conflictos mediante arbitrajes y otra fórmulas convencionales; en la fase preparatoria, que llega a limitar la jurisdicción a conveniencia de las partes mediante los llamados contratos procesales; en el corazón mismo de la justicia penal, con las sentencias que se alcanzan por acuerdo entre el fiscal y el acusado bajo la discreta denominación de conformidades que, sin ningún rebozo, la *Supreme Court* de los Estados Unidos ha calificado reiteradamente como *essentially contracts*.

Otros bastiones en torno a los que se articula el orden constitucional, como son destacadamente los derechos fundamentales, están siendo también asaltados por el contrato, pues el ejercicio de estos derechos, que puede llegar materialmente a su renuncia pura y simple, se está convirtiendo en materia de negociación y contratación. Entre otros muchos supuestos: desde el derecho de huelga, al que se renuncia mediante las llamadas cláusulas de paz social, hasta los derechos relacionados con la investigación científica, pasando por el derecho a la intimidad de los deportistas profesionales y el derecho a la tutela judicial efectiva.

También pueden verse como fortalezas legales los regímenes estatutarios que se levantan sobre los cimientos de las constituciones del pasado siglo, vigentes en la actualidad. Los estatutos de los trabajadores, de los funcionarios, de los consumidores, de los usuarios de servicios públicos. El régimen estatutario está, todo él, conformado por la ley y dispensa por tanto un tratamiento objetivo, igualitario, a los trabajadores, a los funcionarios (en diferentes posiciones, pero pudiendo acceder a todas en situación de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad) y a los usuarios de servicios públicos. Todos esos estatutos legales se han cuarteado, se han deconstruido, ante el contundente ataque de su enemigo natural, el contrato. El parte de guerra tras ese asalto es la contractualización de amplios sectores de la función pública, la entrega al mercado y su régimen contractual de buena parte de los servicios y —más sorprendente y como por ensalmo— la posibilidad de elegir por vía contractual la ley laboral aplicable, de tal modo que a unas personas que trabajan en Alemania, Suecia o España se les puede aplicar el régimen laboral rumano o lituano si proceden de aquellos países. Se abre así, con el beneplácito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un mercado legislativo en el que, desde el contrato, se puede elegir la ley que más convenga, a la parte más fuerte por supuesto.

IV

Este tránsito del estatus al contrato fue destacado de manera célebre por Henry Summer Maine en el XIX y varios destacados iuspublicistas, desde Harold Laski a Gumersindo Azcárate, vieron ahí la génesis del liberalismo que pasaba de una sociedad estamental a otra cuyo cemento era el contrato. Hay otros dos movimientos del liberalismo del XIX que potenciaron el contrato entonces y que ahora —transcurrido el siglo XX dominado por la ley— se reproducen imprimiendo un fuerte impulso a la contratación.

Un movimiento incide sobre el elemento subjetivo. El liberalismo del XIX lanzó un ataque demolidor contra las subjetividades comunitarias, desde los gremios hasta las comunidades vecinales, reconociendo al individuo como único sujeto y nadie más entre él y el Estado. Solo fue respetada una institución comunitaria: la familia. El otro movimiento descargó sobre el componente objetivo y se materializó en la llamada desvinculación, en la disolución de los vínculos que recaían sobre muchos bienes, impidiendo la libre disposición sobre los mismos y su entrada en el mercado, como eran los bienes vinculados a las llamadas manos muertas o los que se integraban en los mayorazgos.