

Esteve Pardo, José. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Marcial Pons, 2023.

Gonzalo Fernández Codina
Universitat de Barcelona
ORCID: 0000-0003-1342-477X

Fecha de recepción 16/06/2024 | De publicación: 23/12/2024

En los últimos años ha sido común oír hablar de la *uberización* de la economía o de la *tinderización* de las relaciones, neologismos recientes con los que hacer referencia a uno de los muchos fenómenos que atestiguan el carácter líquido de las actuales sociedades. Como sería de esperar, el Derecho no ha permanecido inmune a estas transformaciones y también se encuentra en un estadio posmoderno. Tal es la tesis del último libro del profesor Esteve Pardo, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, y autor en tiempos recientes de libros tan bien acogidos como *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa* (2019) y *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder* (2021).

Se trata de un texto breve, conciso y fácilmente comprensible, presentado en forma de ensayo. Ello no impide que se trate de una obra muy ambiciosa y sugerente pues busca advertir y denunciar una transformación sociocultural sigilosa pero profunda con la que dar cuenta de multitud de fenómenos muy distintos y aparentemente inconexos entre sí. El libro está organizado en cinco capítulos, precedidos por una introducción y cerrado con un breve epílogo. La introducción se divide a su vez en seis apartados en los que, aproximadamente, se resumen los cinco capítulos y su conclusión. En el primer capítulo el lector encontrará una panorámica histórica de los avances y los retrocesos del contrato a lo largo de los siglos y la explicación del modo en que la ley se entronizó a lo largo del s.XX, y cómo está decayendo en lo que llevamos de s.XXI. En el segundo capítulo el autor ahonda en este último aspecto, centrándose en dos ámbitos: la retracción del derecho administrativo y de los tribunales, así como su progresiva *contractualización*. En el tercero la cuestión central pasa a ser el por qué: ¿qué explica esta expansión del contrato hacia ámbitos que no le son propios? En el cuarto Esteve Pardo sigue reflexionando sobre este asunto para examinar las ideologías y los relatos que subyacen a ese cambio, es decir, que le sirven como legitimación y -más interesante- que permiten que esta transformación denunciada tenga lugar de manera indolora e inodora, sin revolución, de la ley al contrato, a través de la ley -podríamos decir. En

el último capítulo es donde las insinuaciones críticas deslizadas a lo largo del texto hacia este cambio se hacen explícitas y donde se denuncia como peligroso e indeseable el tránsito hacia un nuevo orden social. Un epílogo de 4 páginas cierra el texto y en él Esteve Pardo ofrece tres tareas “que en este panorama se avizoran” (p.147).

En cuanto a la tesis a defender está clara desde el principio y el lector conoce en todo momento qué está sucediendo y hacia dónde se va: ahora un poco de historia, ahora ejemplos, ahora argumentos, ahora algunas réplicas, etc. La reflexión se centra en la situación española, pero se complementa constantemente con elementos comparados -muy especialmente, Estados Unidos. A fin de cuentas, ese tránsito de la ley al contrato y el aumento de la desigualdad que implicaría es visto por el autor como algo propio del siglo XXI occidental y no solo un fenómeno exclusivamente español. La tesis central es que si bien el “contrato ha sido y es un formidable instrumento de progreso para la articulación” de toda clase de relaciones sociales (p.18), en las últimas décadas -en especial las últimas dos (p.15)- se estaría adueñando también “de espacios que no le corresponden según el diseño constitucional” (p.19). Se afirma que este exceso llega hasta el punto de dismantelar, no sólo el Estado social, sino el mismo Estado de Derecho (p.16). ¿Y por qué esto debería ser un problema? ¿Es solo una cuestión de Derecho positivo, esto es, que se permiten regularmente contratos que la Constitución no permite -y, por tanto, que bastaría con adaptar la Constitución a esta nueva realidad? Se indican diversas razones pero el quid del asunto es uno: a juicio del autor, es una razón de justicia porque esta privatización favorece por regla muy general a la parte más fuerte en las transacciones, desprotege a la parte débil y, en consecuencia, facilitar el abuso (e.g., p. 14,32, 84, 85).

Como decimos, el texto se inicia con un capítulo de orden histórico. De acuerdo con el autor, ni en el Derecho romano (prejustiniano), ni en el medievo, ni tampoco en la tradición del *common law* el contrato había tenido un papel destacado. Hasta las revoluciones liberales de la modernidad, la institución de la propiedad ocupaba el papel central que hoy reservamos a la autonomía de la voluntad. No obstante, -añade- estas mismas revoluciones que pugnaron por extender el ámbito de la libre contratación en contra de las restricciones características del Antiguo Régimen, también “ensalz[aron] a la ley en su nueva concepción, como expresión democrática de la voluntad general y como manifestación de la razón (p.30)”. Y, como parte de esta racionalidad, los proyectos de codificación reservaron un lugar importante a los principios de buena fe, la equivalencia de las prestaciones o la prohibición del enriquecimiento injusto, así como a la naturaleza causal de los pactos o el orden público como límite infranqueable -

conservando pues, aunque de modo secularizado, algunos de los límites materiales que antaño imponía a la ley el pensamiento critiano (p.31). A principios del s.XX aún se añadirían otros dos límites adicionales: la prohibición de la usura y la incipiente legislación laboral. La idea común a ambas es que la desigual fuerza negociadora de las partes podía generar contratos abusivos que era necesario evitar (p.32). Para el autor, esta progresión desde una concepción formal de la autonomía a otra material habría culminado a mediados del siglo pasado con el surgimiento del Estado social al que califica como “gran realización de la ley”.

Para ilustrar este proceso y las preocupaciones que le mueven, Esteve Pardo se sirve de uno de los puntos de inflexión más importantes del Derecho estadounidense reciente. En 1937 el Tribunal Supremo modificó la doctrina que había venido defendiendo hasta entonces según la cual las normas estatales en que se limitaba la jornada laboral o se fijaban salarios mínimos constituían intromisiones estatales inaceptables a la libertad contractual. Si el sr. *Lochner* solo contrataba panaderos dispuestos a trabajar más de 10 horas al día, el estado de Nueva York no tenía por qué meterse (*Lochner c. Nueva York, 1905*). Pues bien, en *West Coast Hotel c. Parrish* -en pleno New Deal y con Roosevelt amenazando con llenar el supremo con jueces favorables- la Corte establecería que la constitución sí permitía límites a la libre contratación para proteger la comunidad, la salud, la seguridad y a los grupos más vulnerables (p.36-42).

Sin embargo, -continúa el profesor Esteve Pardo- este camino ascendente se habría truncado al inicio del presente siglo al iniciarse la “colonización contractual del Estado (p.58)”. Sus manifestaciones serían muchas: la posibilidad de escoger la ley aplicable en materia laboral (p.49), la ampliación del conjunto de bienes comerciables (p.51), el debilitamiento del elemento causal en los contratos (p.54), los muchos convenios entre la Administración y los particulares (p.64), el decaimiento de la función jurisdiccional en favor de arbitrajes civiles y conformidades penales (p.68-77), el mercadeo de títulos administrativos (p.101-106) etc. En fin, una “radicalización del contrato en torno a la autonomía de la voluntad y el libre consentimiento (p.52)”.

Junto con esta reflexión histórica, a lo largo de la obra asoma otra tesis más profunda, quizás incluso más interesante: que este fenómeno que se denuncia es parte de una tendencia histórica de mayor alcance en que los polos en oposición son “autonomía y heteronomía, individualismo y comunitarismo, subjetivismo y objetividad” (p.23). El exceso contractualista, pues, es planteado por el autor como la confirmación de un exceso de mayor calado: el del individualismo y subjetivismo, en detrimento de la comunidad y la objetividad, de la que se derivarían también la erosión de la familia y otras tantas instituciones

comunitarias (p.89-97). Todo ello sería lo que el neoliberalismo nos habría traído, especialmente en lo que llevamos de siglo XXI: “En el fondo -dice Esteve Pardo- podemos advertir la crisis de la modernidad que, en la conocida caracterización de François Lyotard, comporta la pérdida de los grandes relatos entre los que figuraban, de manera indiscutible, el de la ley, el de la igualdad, el de la justicia, el de la búsqueda de la verdad objetiva (p.110)”.

¿Dónde vemos la progresiva desaparición de estos grandes relatos? La erosión del valor de la ley se manifiesta especialmente en la insistencia contemporánea en la necesidad de que todo sea sumamente flexible e individualizado. ¿Qué sentido tiene que sea la Administración -con sus farragosos procedimientos y sus rígidos moldes- quien provea de servicios es percibido negativamente? Mejor adoptar un modelo de colaboración público-privado o, idealmente, que intervenga el mercado para que diversos proveedores particulares compitan entre sí para ofrecer el mejor servicio (p.99-106). ¿Qué sentido tiene que los acusados sean juzgados cuando es posible llegar a un acuerdo con Fiscalía (p.73-77)? ¿Por qué acudir a un procedimiento civil que puede dilatarse años y arrojar un resultado que no convenga realmente a nadie? Mucho mejor es recurrir al arbitraje y pactar una solución o incluso llegar a pactar qué ley será la aplicable en caso de conflicto (p.68-72). Con todo ello se va consolidando una noción en principio contradictoria, la de “justicia negociada” (p.68), en la que el valor central pasa a ser la autodeterminación individual. Como consecuencia, lo objetivo, la institución o el interés general pasan a un segundo plano y cualquier límite a la autonomía de la voluntad es sinónimo de autoritarismo, por lo que, por ejemplo, se vuelve aceptable la renuncia contractual a derechos fundamentales -como la intimidad, la huelga, la tutela judicial efectiva- (p.77-86); el debilitamiento de los vínculos comunitarios pasa a ser percibido, no como algo lamentable o, en todo caso, sospechoso, sino como liberador; e, incluso, se reclama que la misma biología sea algo igualmente disponible para el individuo: si me siento mujer, entonces soy mujer. Lo contrario sería atentar contra la libertad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad. Ello lleva al autor a considerar que la “gran victoria neoliberal” consistiría en haber desplazado la verdad y la justicia como centros de gravedad constitucional en pro de la autodeterminación personal (p.122-131). No en vano se constata el predicamento que en los últimos años ha tenido y los esfuerzos interpretativos que está recibiendo el art.10 de la Constitución en lo tocante al “libre desarrollo de la personalidad” en cuya virtud se inventarían nuevos derechos fundamentales como la autodeterminación de la propia muerte o del propio sexo (p.124-125).

Por el momento de su redacción, la Constitución española se sitúa en el viejo paradigma como atestiguan “más de 160 referencias, tantas como artículos, a la ley y al principio de legalidad. Ninguna al contrato (p.123)”. Pero, advierte Esteve Pardo, esto está cambiando: las tres únicas reformas que ha tenido esta constitución han ido en la línea individualista indicada: en 1992 se modificó el art.13.2 para permitir el derecho al sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones. Con ello la comunidad política en su sentido más tradicional se difuminaba y todo ello para adaptarse al tratado fundacional de una instancia supranacional. En 2011 se reescribió completamente el art.135 limitando profundamente la capacidad de gasto de la Administración; y, de nuevo, para adaptarse a los designios de una entidad supranacional. Finalmente, en 2024 en el art.49 sobre los discapacitados fue reescrito pero sin alterar los derechos o las prestaciones de tal colectivo: de una parte se llevaba a cabo un cambio cosmético de sustitución del término 'disminuido' por el de 'personas con discapacidad' y se introducía el concepto “plena autonomía personal” de las personas con discapacidad. De nuevo, en la versión original de 1978 el término ‘autonomía personal’ no aparece en toda la Constitución.

Para dar cuenta de todo ello el autor aduce diversas causas: de un lado distingue tres “razones epistemológicas” que impiden el “conocimiento cabal de esta realidad”: (i) la rampante especialización del Derecho que impide a los operadores tener una visión de conjunto y atestiguar esta expansión desmesurada; (ii) “el cinismo que nos atenaza” y por el que toleramos la neolengua que maquilla este proceso y, finalmente (p.21, 139,.140), el (iii) hecho de que la nueva normativa no sean ni leyes ni sentencias públicas, sino contratos privados inmunes al escrutinio social (p.147-148). Añade incluso -e insiste mucho en ello- que todo este proceso carecería de una base teórica mínimamente desarrollada (e.g., p.144, 145). Detrás de todo sostiene que reside el interés egoísta de algunos por aprovechar su situación de dominio, y la gandería de otros que en pro de una “mayor eficacia” -i.e., la forma cínica de decir “me libro de trabajar”- lo toleran o incluso promueven. El ejemplo más claro de ello serían las conformidades penales: a nivel teórico parecen una aberración, y en un primer momento generaron muchas reticencias. Sin embargo, a día de hoy ya están totalmente normalizadas.

Dicho esto, el autor intenta mostrar el carácter pendular de la historia sobre este asunto: en determinados períodos la ley habría imperado, en otros el contrato habría sido el rey. Es decir, que el momento de debilidad legal en el que viviríamos no es algo nuevo, ya se había dado. Así, Esteve Pardo habla provocativamente de “transición a un nuevo feudalismo” (p.143) que va de suyo cuando el Estado recula y pierde terreno. Y como en aquel entonces, también hoy se estarían creando tres nuevas clases sociales:

una clase alta minoritaria caracterizada por gozar de la capacidad de “configurar una trama contractual a su conveniencia”; una clase baja compelida a aceptar esas reglas de juego: y la clase media, aquellos que aún puede seguir sujetos a la legislación tradicional en su plenitud (p.142-143). Como hace evidente el título del libro, este proceso preocupa al autor porque entiende que “el avance exponencial del contrato a costa de la ley conduce derechamente a la desigualdad” y a la desprotección de los débiles (p.141).