

José ESTEVE PARDO:

El camino a la desigualdad.

Del imperio de la ley a la expansión del contrato *

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Siempre me ha parecido de una rigidez extraordinaria la división en disciplinas, áreas de conocimiento, asignaturas, especialidades, ramas, o como se les quiera llamar, división que ha acompañado mi desempeño como profesora de Derecho a lo largo de cuatro décadas. Nunca he renegado de mi condición de civilista, pero tampoco me ha parecido que la mejor manera de ejercer como tal sea recorrer exclusivamente el terreno acotado por unas lindes, más o menos precisas, que clasifican a quienes nos dedicamos a enseñar, a investigar o a ejercer como profesionales del Derecho. Mi impresión es que cuando más se avanza en el conocimiento, cuando más se aprende y mejor se enseña es, precisamente, cuando traspasas esas lindes y te asomas a las preocupaciones y a las herramientas que usualmente utilizan tus convecinos.

Precisamente por ello me ha interesado especialmente el libro que pretendo comentar en estas páginas. JOSÉ ESTEVE PARDO es un muy reconocido y respetado Catedrático de Derecho Administrativo de larga carrera que nunca ha dudado en adentrarse en terrenos poco transitados, pantanosos o especialmente difíciles. Muchas de sus obras, pequeñas y grandes, son referentes en temas como la regulación y tratamiento de los riesgos o la tutela jurídica del medio ambiente, por subrayar solo algunos de los más recientes, asuntos sobre los que ha abierto caminos y despejado malezas. Me parece que también es aficionado a saltar lindes académicas y a asomarse al otro lado de nuestros setos y cercados; lo confirma el Epílogo del libro recensionado, lugar donde literalmente considera el autor que la diversidad de las ramas del Derecho y la consiguiente sectorialización del conocimiento es un obstáculo para el conocimiento

* JOSÉ ESTEVE PARDO. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, 166 páginas. ISBN: 9788413817118.

cabal de la realidad. Les digo ya desde ahora que el libro objeto de esta recensión es una de esas obras desbrozadoras y saltarinas.

En este libro ESTEVE reflexiona sobre un fenómeno que ya había abordado parcialmente en algunos trabajos anteriores y que describe más o menos así: el contrato, un instrumento propio del mercado y de las relaciones entre particulares, se está expandiendo y adueñando de espacios cada vez más extensos, espacios que el diseño constitucional no le otorga. Se trata de una expansión que se está produciendo de modo discreto pero indefectible, acompañada del consiguiente retroceso del imperio de la ley cuyo espacio vital está siendo invadido, con creciente presencia, por el contrato. A su juicio, tal expansión menoscaba de forma profunda las bases del Estado del bienestar construido sobre un conjunto de leyes que desarrollan y concretan los derechos sociales reconocidos en las constituciones, tales como la educación, la sanidad, los servicios sociales o las pensiones. Pero, sobre todo, menoscaba el principio de igualdad que, en su consideración, solo la ley puede garantizar.

A lo largo de las 166 páginas del libro, plagadas de referencias bibliográficas y jurisprudenciales que ponen de relieve no solo la extraordinaria formación del autor, sino también su querencia por superar las fronteras del Derecho administrativo para beber de otras fuentes, JOSÉ ESTEVE desarrolla su discurso en diferentes planos.

En el primer capítulo esboza un análisis histórico de compendioso rigor. Aunque sea para desembocar en un puerto que tiene programado desde el inicio, lo cierto es que estas páginas reflejan que el contrato es una figura relativamente moderna, cuya construcción original más o menos acabada está fuertemente influida por la Escuela del Derecho Natural y termina de desarrollarse con la caída del Antiguo Régimen y el auge del liberalismo económico de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. En la nueva sociedad burguesa la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, entendida muchas veces como sinónimos, era considerada como uno de sus pilares fundamentales, por oposición a las situaciones regidas por el estatus y la vinculación de la propiedad, propias de la época que se acababa de dejar atrás. Conviene advertir en este punto que la concepción de la autonomía privada que sustenta el contrato decimonónico se basa en otro pilar previo que casi pasa desapercibido en el libro: el concepto de persona como centro de imputación de los derechos subjetivos, idea también heredada de la Escuela de Derecho Natural racionalista; me permito recordar que el tercer gran pilar sobre el que se sustentan los sistemas jurídicos de la época es el de responsabilidad civil basada en la culpa, de nuevo derivada del concepto de persona al que se acaba de hacer referencia.

Volviendo al discurso del libro recensionado, el propio autor reconoce que esa misma ideología burguesa y liberal eleva la ley a la condición de expresión de la voluntad general, que la legitima; ley que es, por añadidura, manifestación de la razón, lo que la encumbra a la más alta condición.

En este punto me parece oportuno recordar que es precisamente esta concepción de la ley general y racional la que se desarrolla con la Codificación y, muy especialmente, con la promulgación del Código civil francés que abre el siglo XIX y que será el modelo legislativo que seguirán en esa centuria buena parte de los países de Europa y de los nuevos estados americanos que iban adquiriendo su independencia. El *Code civil* y todos los que lo siguen constituyen en la época el paradigma de la ley: son la ley por antonomasia.

Y es precisamente esta ley la que santifica la autonomía de la voluntad, la libertad de contratar y los trazos que configuran el concepto de contrato; es la que diseña los elementos que lo configuran, el principio consensualista, los vicios del consentimiento que pueden llegar a producir su ineficacia como una muestra más del valor central de la voluntad, la libertad de forma o la igualdad formal de las partes a la hora de ligarse contractualmente. Con todo, es preciso recordar que esa libertad contractual nunca fue, ni siquiera en esta época, ilimitada; muy al contrario, todos los Códigos decimonónicos reconocieron que la ley (además de la moral y el orden público, en el caso del español) podía actuar o como un límite infranqueable (art. 1255 CC, referido a la ley imperativa), o como un modelo de conducta que servía para integrar las lagunas del contrato (art. 1258 CC, referida a la ley dispositiva). Esta última función de la ley pone de manifiesto que ni siquiera en el momento más álgido de la autonomía privada esta era la fuente exclusiva del contrato.

El autor no desconoce esta doble labor de contención de la ley respecto de la autonomía de la voluntad clásica, pero me parece que no la resalta lo suficiente. Lo que sí subraya es que la ley, es decir, el Código, se autoproclama como dique de la libertad contractual a través de otras figuras; menciona en concreto dos: el orden público y la causa como requisito *sine qua non* para que exista un contrato y que, según su parecer, de algún modo actúa como un control moral secularizado.

Me permitirá el lector que, en este contexto temporal, considere que, si la propia ley otorga un lugar preminente a la autonomía privada, no parece que la dicotomía entre ley y contrato deba describirse en términos de confrontación entre dos opuestos irreconciliables. Muy al contrario, creo que la relación se puede describir en términos de interrelación, como se manifiesta, por ejemplo, cuando una regla del Código

establece que el contrato es ley entre las partes (art. 1091 CC). De nuevo, Esteve no ignora esta conexión mutua entre ley y contrato, aunque lo cierto es que apenas le da importancia.

Muy poco después de la publicación del Código civil, diversas situaciones de crisis social y económica que caracterizaron los primeros años del siglo XX introdujeron en ciertos ámbitos y en aras de justicia material nuevos límites a la libertad contractual. Se publicaron normas legales destinadas a reequilibrar determinadas relaciones propias del mercado de bienes y servicios en las que la libertad meramente formal característica del liberalismo decimonónico era absolutamente insuficiente o inidónea para mantener un tolerable equilibrio contractual. La creación de un contrato de trabajo que comienza a independizarse del arrendamiento de servicios (de amos y criados, en el que está pensando el Código civil español), y en el que la libre voluntad de las partes cede en aras de la tutela de una de ellas (el trabajador) para evitar los abusos de la otra (el empresario), es la muestra más paradigmática de este proceso. Pero también resultan hitos conocidos y recordados por JOSÉ ESTEVE, el contrato de préstamo, regulado en la Ley de Usura de 1908, llamada también Ley AZCÁRATE, que todavía hoy aplican nuestros tribunales; también los contratos de arrendamiento de viviendas, con la aparición de las primeras leyes especiales de arrendamientos urbanos motivadas por la demanda creciente de vivienda en las ciudades en el periodo de entreguerras, son muestra de la misma tendencia intervencionista o de limitación legal de la libertad contractual.

Un tiempo en el que la relación entre ley y contrato se reajusta, no tanto porque haya más ley y menos contrato, como parece apuntar nuestro autor, sino porque este último o cambia su configuración legal o convive con figuras nuevas que cumplen cometidos similares a los que venía desempeñando el contrato, al tiempo que muda la realidad social en la que se inserta. Es cierto que la mutación de esa configuración legal conduce a los civilistas europeos de la época a construir conceptos que, en sí mismos, parecen un auténtico oximorón, como el "*contrat dirigé*" de JOSSERAND o el "*dikitierte Vertrag*" de NIPPERDEY, expresiones que aluden a un contenido preestablecido por la autoridad, u otras que se refieren a su constitución obligada, como el "*contrat imposé*" de MOREL, o "contrato forzoso", en la traducción que más éxito tuvo en nuestra doctrina y que recogió LUIS DíEZ-PICAZO para situarlo entre las figuras jurídicas extravagantes al marco que habían diseñado los códigos civiles.

El autor del libro que tengo el gusto de reseñar pone igualmente de relieve cómo el proceso de reajuste del contrato y de limitación de la libérrima voluntad de las partes, tal y como se había entendido en el siglo XIX, se produce también en el mundo

anglosajón. Sabido es que en los sistemas de *common law* la ley escrita ha tenido históricamente mucho menos protagonismo que en la esfera del *civil law*, y que en aquellos han sido las decisiones de los más altos órganos judiciales las que han venido cumpliendo gran parte de las funciones que en la esfera romano-germana-franca ha correspondido a la ley. Esteve nos describe cómo se produjo en las primeras décadas del siglo pasado el fenómeno de reajuste entre la ley (en realidad, *el common law*) y el contrato en los Estados Unidos de América. Nos llama la atención sobre las reticencias del Tribunal Supremo a las leyes promulgadas por ROOSVELT tras la Gran Depresión, con las que el presidente pretendía introducir derechos imperativos a favor de los trabajadores, sobre todo de los más desfavorecidos, como las mujeres y los niños. En un primer momento tal pretensión fue considerada contraria a la Constitución americana, al ser calificada de violación de la sacrosanta libertad de contratación que parecía no tener límite alguno. Esteve recoge cómo esta primera oleada de decisiones se frenó y en pocos años se dio un vuelco total a la situación al afirmarse en el caso *West Coast Hotel v. Parris* de 1937 que la Constitución permite que la ley pueda limitar la libertad de contratación para proteger otros intereses, como la comunidad, la salud, o a los grupos más necesitados y vulnerables.

Siguiendo la secuencia puramente cronológica, es curioso que en el discurso histórico que tan bien realiza, el autor omita totalmente la época que antecede a y concurre con la Segunda Guerra Mundial, precisamente un tiempo crucial a la hora de relatar la relación oscilante entre ley y contrato que nos propone el autor, al tratarse de uno de los momentos históricos en los que más claramente se propició el hundimiento de la autonomía privada en favor del poder del Estado.

Al respecto, es oportuno recordar que, en Alemania, como recuerda, por ejemplo, HATTENHAUER, la doctrina dominante en la época, basada en la absoluta primacía de la voluntad nacional, hizo que el concepto jurídico de persona y la fuerza de su voluntad parecieran definitivamente desfasados. La escasez de viviendas, el paro, la inflación galopante y, en fin, la economía de guerra de aquellos años, contribuyeron a la sustitución de las leyes del mercado por medidas estatales como los bonos de racionamiento, las listas de trabajo, las comisiones de servicio y la planificación estatal, el control de precios, la ordenación de mercados, los arrendamientos forzosos o los salarios fijados oficialmente; en resumen, la concepción liberal del contrato quedó herida de muerte; como dice HATTENHAUER, el abuso que se hizo de la libertad fue el argumento para su abolición. Nada menos que LARENZ, en su libro *Deutsches Recht*, publicado en 1935, definía así el contrato: “una relación jurídica integrada en el orden general de la nación, cuya configuración dependía en primer término de dicho orden y, solo después, de la determinación de las partes interesadas”. No fueron pocos los

autores de la época que, sin más, abogaron por la total abolición del contrato basado en la voluntad privada y su trueque por una nueva tipología desligada de tal concepción.

En Italia, el Código civil se publica en 1942, precisamente en plena época fascista y constituye, en buena medida, el epítome de esta concepción subordinada del contrato; el precepto de referencia es el art. 1322 del Codice, rubricado *Autonomia contrattuale*, en cuya versión original se podía leer: *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative*; y en su segundo apartado, *Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*. La supresión de la referencia a las normas corporativas en 1944 no evita lo que, en palabras de BETTI, era la funcionalización de la autonomía privada a la persecución de fines y valores solidarios y su reconocimiento por el ordenamiento jurídico como un fenómeno de recepción, en esencia.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial comienza a desarrollarse en Occidente el modelo de Estado social, cuyos pilares se plasman en las Constituciones de los países respectivos. Entre esos pilares destaca la consideración del Estado prestacional y no meramente garante del mercado libre y de las actuaciones, más o menos egoístas, de sus individuos. En este marco se desarrollan leyes destinadas a proteger a ciertos grupos de personas, precisamente en el ámbito del contrato. Algunos de estos grupos que venían siendo configurados en los años precedentes ya han sido mencionados: arrendatarios de fincas urbanas y rústicas, trabajadores asalariados; otros aparecen con gran fuerza pasada ya la mitad del siglo, destacando, sobre todas, a comienzos de la década de los sesenta la figura del consumidor.

Toda esta pléyade de leyes proteccionistas viene a significar, o así parece entenderlo JOSÉ ESTEVE PARDO, un reforzamiento del valor de la ley y una disminución del valor y significado del contrato. De hecho, en el libro comentado se mencionan varias obras de juristas anglosajones (GILMORE, ATIYAD) que en los años setenta del siglo pasado hablan directamente de la muerte o de la caída del contrato. Según el autor del libro que se recensiona es en estos años cuando el contrato estuvo en su punto más bajo. Añado que también pueden citarse autores de tradición continental que algunos años antes ya aludían al mismo fenómeno; destaco aquí una vez más el trabajo de un joven Luis Díez Picazo que en 1956, y en relación con los mal llamados “contratos forzosos”, ya recogía la idea de herida mortal, del contrato.

Siguiendo su línea de razonamiento, llegado el último tercio del siglo XX, hubiera sido interesante que José Esteve se detuviera con algún pormenor en el fenómeno de la contratación en masa. Los contratos de adhesión, en la terminología más francófona, o los contratos con condiciones generales, en la más germánica, son un fenómeno nacido del desarrollo de la contratación masificada, para cuya regulación se publicaron leyes especiales que se remontan, precisamente, a los años setenta del siglo pasado (la ley israelí y, sobre todo, la AGBG alemana). Siendo figuras contractuales, constituyen a la vez la negación misma del contrato como acto de autonomía de la voluntad de las dos partes contratantes, esto es, tal y como se entendió el contrato en el siglo XIX. En puridad, en un contrato con condiciones generales no hay acuerdo de voluntades libres y todopoderosas, sino predisposición y rigidez de una de las partes (o de un tercero) y adhesión de la otra (el adherente), quien consiente sin conocer exactamente el alcance de ese consentimiento.

Como es bien sabido, esta forma de contratación, que hoy nadie duda en calificar como tal, está fuertemente intervenida por la legislación. Señaladamente, lo está en toda la Unión Europea desde finales del siglo pasado, tras la publicación de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La obligada transposición en los estados de la Unión, incluyendo, por supuesto, a España, unida a la muy abundante y densa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de la citada directiva comunitaria, ha conducido a una continua rectificación de los parámetros inicialmente pactados en aquel contrato no negociado cuando una de las partes es un consumidor. Como muestra paradigmática baste recordar que esa misma jurisprudencia, vinculante para los aplicadores estatales de las normas de trasposición, ha establecido que el control de abusividad de las cláusulas no negociadas del contrato puede prescindir totalmente del consumidor víctima del abuso, debiendo ser controlada de oficio por la autoridad judicial o equivalente. Y ya no estamos hablando de las últimas décadas del pasado siglo, en el que Esteve ve el momento álgido de la ley (y la jurisprudencia) frente al contrato; estamos hablando de hoy mismo, momento que el autor contempla como el de mayor expansión del contrato.

Antes de abordar este último momento y al hilo de la mención de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, tengo que referirme al crecimiento exponencial de las normas legales protectoras de los consumidores, incluidas las relativas a los contratos que estos celebran con los empresarios proveedores de bienes y servicios en el mercado, contratos que, negociados o no, cuentan con límites imperativos muy superiores a los de los negocios contemplados en la legislación civil general. De nuevo el motor de cambio más importante en nuestro entorno ha sido la Unión Europea, que

no se ha considerado competente en materia de Derecho de contratos, en general, pero sí lo ha hecho en materia de protección de los consumidores. Así, aparte de la Directiva ya mencionada, otras muchas directivas y algún reglamento, tendentes a proteger a los consumidores, en particular en lo que respecta a sus relaciones contractuales con los empresarios con el fin de reequilibrar la inicial posición de partida sustantivamente desigual, han creado y alimentado un Derecho de contratos paralelo cada vez más frondoso, que poco tiene que ver con el concepto liberal de contrato que maneja Esteve. En nuestro país, donde ese nuevo concepto no se ha integrado en el Código civil, sino en una ley especial (el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), ha servido en realidad para crear un nuevo estatus, el de consumidor. En esta condición, los contratos de consumo no son, ni mucho menos, contratos regidos en exclusiva por la autonomía de la voluntad; más bien, todo lo contrario. De nuevo cumple recordar que este fenómeno consumerista iniciado en la última parte del siglo XX, no solo no ha disminuido en intensidad en los últimos años, sino que, más bien al revés, hoy es más acusado que nunca.

Sin embargo, JOSÉ ESTEVE se adentra en el siglo presente señalando que, casi de modo coetáneo con el cambio de siglo, se produce un punto de inflexión entre ley y contrato. Aludiendo a la situación económica y política de Estados Unidos y el Reino Unido y a alguna literatura anglosajona sobre el renacimiento del contrato en esta época y lugares, entiende que la relación entre ley y contrato, favorable a la primera a finales del XX, se trueca en favor del segundo a comienzos del XXI. Al respecto, conviene señalar que el contrato del *common law* y del *civil law* nunca han sido figuras exactamente coincidentes, ni en sus líneas estructurales, ni en su contenido y funciones, aunque no se puede desconocer que los fenómenos de internacionalización y globalización del mercado han contribuido a aproximarlos de modo notable en los últimos tiempos.

De nuevo con referencia al libro que comentamos, menciona el autor, también como propia de estas primeras décadas del siglo XXI, la quiebra de los regímenes estatutarios, señalando, a modo de ejemplo, la fuga del régimen del Estatuto de los Trabajadores a través de vías contractuales alternativas, como las que parten de la consideración como autónomos de ciertos trabajadores, fenómeno que es especialmente marcado en el caso de quienes trabajan para grandes empresas tecnológicas o multinacionales de otro tipo, como las de logística. Destaca también lo que llama la ingeniería contractual que opera al servicio de la ingeniería financiera; en este ámbito trae a colación algunos contratos puramente especulativos, como los *swaps* u otros productos financieros complejos, en los que no funciona el instrumento capaz de producir el equilibrio material que significó en otro tiempo la causa. Señala, asimismo, a las plataformas

tecnológicas como mecanismos de intermediación contractual y los contratos de maternidad subrogada como muestra de la primacía del contrato en ámbitos diversos. Lo hace el autor aferrado a la idea de que la libertad contractual es omnímoda y el poder de la autonomía privada absoluto, hasta el punto de que el último epígrafe de esta primera parte lo titula, concretamente, la radicalización del contrato en torno a la autonomía de la voluntad y del libre consentimiento.

Tengo que decir que no lo veo así, ni mucho menos. Creo sinceramente que los límites legales a la autonomía privada son hoy, probablemente, mayores que nunca antes. Prácticamente todos los principios derivados de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad están hoy en franca regresión; voy a poner varios ejemplos que resultan particularmente significativos y que no son exhaustivos, algunos de los cuales atañen, precisamente, a los que José Esteve ha puesto sobre el papel.

- En el ordenamiento jurídico español el contrato de maternidad subrogada es declarado por la ley nulo de pleno derecho.
- El Tribunal Supremo español ha anulado ingentes cantidades de contratos de swaps, por error en el consentimiento.
- El principio de *pacta sunt servanda* ha cedido frente a la teoría de la modificación sobrevenida de las circunstancias en tiempos de crisis financiera y de la pandemia del Covid.
- La posibilidad de desistimiento unilateral sin alegación de causa alguna existe en un número creciente de contratos.
- El nuevo formalismo protector de la parte más vulnerable que supera el mero consensualismo.
- La responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones que en algunos ordenamientos ha llegado incluso a imponer la obligación de contratar.
- La responsabilidad por violación de la prohibición de discriminación en el contrato en cualquiera de sus fases, que tampoco excluye *tout court* que se puede imponer la obligación de contratar.
- Se somete a revisión el propio concepto de consentimiento que, si bien sigue siendo el fundamento último del contrato, tiene unos perfiles muy distintos de los clásicos; por ejemplo, se admite la vinculación contractual por la confianza generada en el otro.
- Los vicios del consentimiento se contemplan en el moderno derecho de contratos más como instrumentos de reparto de riesgos entre las partes que como vehículos de depuración de una voluntad viciada; así, el error o el dolo, muy vinculados al cumplimiento o no de los crecientes deberes

precontractuales de información por la parte que está en mejores condiciones de adquirir esa información.

- Se acrecienta el número de vicios susceptibles de anular un contrato; la ventaja injusta, que recuerda mucho al artículo primero de la ley Azcárate, se introduce en los nuevos Códigos civiles precisamente en el siglo XX.

Respecto al retroceso de los ámbitos estatutarios que también denuncia Esteve, de nuevo a título meramente ejemplificativo evocaré que la contratación colectiva es la fuente principal de la relación laboral, o que las normas de protección de los consumidores son más numerosas e intensas que nunca, como ya antes se mencionó.

En realidad, mi percepción es que la autonomía privada en su dimensión relativa a la libertad contractual ha cambiado su significado y su papel en el conjunto del ordenamiento jurídico. Sigue siendo un principio fundamental, pero con unos perfiles y un valor muy distintos a los que tenía en el siglo XIX. Apuntando algunos de sus actuales rasgos solo diré que:

- Se trata de una libertad sometida a los límites constitucionales tanto para elegir al otro contratante, como para dar contenido al contrato.
- Se proclama como principio fundamental en todos los textos modernos, el de buena fe entendida en su sentido objetivo, como deber de colaboración entre las partes, de confianza, de honestidad.
- Se limitan todos los tradicionales tópicos asociados a la autonomía privada: el *pacta sunt servanda*, la irrevocabilidad del contrato o los efectos exclusivos *inter privatos*, entre otros.

El Capítulo II del libro comentado comienza describiendo lo que el autor denomina «proceso de contractualización del Estado». Lo describe como una progresiva infiltración del contrato en ámbitos que venían correspondiendo a los poderes del Estado, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Señala que las leyes actuales están muchas veces vacías de contenido normativo propio y son meramente programáticas o se limitan a contener normas procedimentales, competenciales, o de remisión a convenios; pone como ejemplo la Ley 7/2021 de cambio climático y transición energética. Respecto al ejecutivo, alude a la progresiva retirada de la Administración al frente de los servicios públicos para dejar espacio a una trama contractual privada; su ejemplo es la sustitución de la autorización administrativa *ex ante* para el ejercicio de determinadas actividades económicas y profesionales y a su sustitución por la comunicación *ex post*. En el judicial, pone de relieve la expansión de la llamada justicia negociada, esto es, el reemplazo del procedimiento judicial que concluye con una

sentencia y se residencia en el poder judicial por fórmulas contractuales de solución de conflictos como el arbitraje o la mediación; es más, en el ámbito donde se conserva la primera, denuncia la creciente presencia de los contratos procesales en todos los órdenes (fijando los hechos en el sector de los seguros, o acuerdos de conformidad en el ámbito penal, entre otros). Termina llamando la atención sobre si algunos de esos contratos no significan, en realidad, una genuina renuncia a los derechos fundamentales, en particular al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Desde luego considera que esa renuncia a los derechos fundamentales se tolera y se admite para el derecho a la integridad física y a la intimidad en el caso del deporte profesional, con cita de la Ley Antidopaje.

No me atrevo a profundizar en la cuestión del monopolio de la justicia por el poder judicial y a si romperlo con fórmulas como las detalladas constituye o no una violación constitucional por incumplimiento del art. 24 y del 117 CE. Si me aventuro a decir que en un momento histórico donde ya se admite legalmente que se puedan hacer borradores de sentencias a través de la Inteligencia Artificial los desafíos a los que se tiene que enfrentar en nuestros días el derecho a la tutela judicial efectiva van mucho más allá de los medios alternativos de solución de conflictos.

Pero es que, además, conviene tener presente que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los textos internacionales de derechos humanos no son todos de idéntica naturaleza. Que algunos constituyen libertades o derechos propios de la persona y derivados de su intrínseca dignidad; así sucede con la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la religiosa, la de creación o expresión artística; pero también con derechos como el honor, la intimidad, la imagen o la voz humana, incluso con la integridad física. En estos ámbitos la renuncia a los derechos nunca ha estado prohibida, ni mucho menos. Amplios sectores de nuestra economía se basan, precisamente, en la contractualización de esos derechos: el derecho de autor, los deportes profesionales, el sector de la cultura y del entretenimiento, entre otros. Lo que desde la perspectiva civil se conoce como indisponibilidad de los derechos de la personalidad hace tiempo que es una idea superada. Otra cosa es que esa disponibilidad sea absoluta y la dejación del derecho fundamental por parte de su titular irreversible; más bien al contrario, cualquier intromisión legítima ha de hacerse con el consentimiento del titular que es, además, libremente revocable, como entre otras se recoge en la Ley Orgánica, ya de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen, como pionera, o en la más reciente Ley de Protección de Datos; de nuevo se rectifica aquí un clásico principio contractual, cual es el de la irrevocabilidad del contrato

Con lo que estoy totalmente de acuerdo con el autor es con la inconstitucionalidad del art. del RD 99/2011 que establece que la defensa de la tesis doctoral será pública, con una excepción: puede ser secreta, confidencial, si así lo decide la comisión académica en atención a contratos o compromisos de confidencialidad con empresas (art. 14). Hace ya tiempo que yo misma denuncié la contradicción de esta excepción con el art 44 CE, que establece que los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. Permítasenos a ambos, recensionista y recensionado, la preocupación profesional por el tema.

Como corolario de este capítulo, me parece especialmente sugestivo que el autor aluda a la cuestión de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, esto es, a su eficacia entre particulares y, más en concreto, a su eficacia en el ámbito de los contratos. Como ejemplo que el autor no recoge, reiteraré que la aplicación del principio de igualdad, en su vertiente de no discriminación, ha modelado mucho en los últimos años el ámbito de la libertad contractual, tanto en lo referente a la libre elección de la otra parte del contrato como al contenido del contrato; la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres de 2007 y la más reciente de 2022, para la Igualdad de trato y no discriminación después, son buena prueba de ello.

En el Capítulo III el autor se pregunta y trata de explicar por qué se propaga el contrato de esa manera que él percibe como creciente o acelerada. Afirma que lo hace porque, desde el punto de vista subjetivo, se incrementa el número de sujetos que lo utilizan y se fortalece la autonomía de la voluntad y el poder de disposición; a la vez, desde la perspectiva objetiva, porque se ofrecen nuevos objetos susceptibles de contratación. Como muestra de lo primero, apunta al auge en el mercado de empresas cuya riqueza no está en los bienes materiales, sino en la tecnología (Apple, Microsoft), a las plataformas de intermediación (Amazon, Uber...), o a las nuevas entidades financieras.

En realidad, todos estamos seguros de que estas son las empresas que conforman el poder económico actual, que ya no está en la propiedad de la tierra como en el XIX, ni en las fábricas de base física y productiva de bienes como en el XX, sino en la tecnología y en el mundo virtual. Que estas empresas encuentren en el contrato el medio de actuar en el mercado parece lo normal, aunque, desde luego, no niego la necesidad de que se definan los límites éticos y jurídicos de esta libertad contractual, a fin de que ese entramado de relaciones no se convierta en una selva salvaje.

A mayores, desde la perspectiva del sujeto que contrata, alude ESTEVE a la contractualización de las relaciones de familia, poniendo como ejemplo fetén el de los cuidados tradicionalmente realizados en el seno de esta y ahora externalizados a través

del contrato. Por mi parte diré que, obviamente, la familia está hoy menos institucionalizada, o si se prefiere, más contractualizada, que nunca; baste mencionar los pactos prematrimoniales, los convenios reguladores de las crisis matrimoniales, los pactos de convivencia, los contratos de cuidado, como el vitalicio gallego, entre los más conocidos. Lo que no veo es que esto sea necesariamente negativo, sino más bien todo lo contrario. De nuevo apelo al periodo fascista y a otro civilista italiano del régimen, ANTONIO CICU, que en esa época de infausto recuerdo consideraba, con algunos acólitos entre la civilística española, que la familia era un ente intermedio entre el Estado y el ciudadano, que el interés de la familia era un interés superior o público y el Derecho de familia debía de ser considerado como parte del Derecho público. Diré que afortunadamente hoy la configuración de la familia es muy distinta. Se considera como un vehículo de desarrollo de la personalidad humana, de modo que el todavía llamado interés de la familia en algunos preceptos del Código civil no es otra cosa que la suma del interés individual de sus miembros. Es cierto que nuestra Constitución garantiza tanto el instituto del matrimonio como el de la familia, pero no lo hace como algo ajeno y superior al de los individuos que la componen, quienes pueden configurar sus relaciones familiares como lo deseen (familias lego, se ha llegado a decir), hasta el punto de que ya no se habla de familia en singular, sino de protección constitucional de las familias.

Respecto de los cuidados, una vez que va desapareciendo de nuestra sociedad el modelo de familia tradicional que se ocupaba en su seno de los cuidados de los más vulnerables (niños, personas con discapacidad y ancianos), por considerar que se trataba de una cuestión meramente privada sin trascendencia legal alguna, no cabe duda de que el tratamiento normativo de los cuidados también tiene que cambiar. En un Estado social lo lógico es que del coste económico de esos cuidados se haga cargo precisamente el Estado, al menos que lo haga de manera prioritaria. En el caso de los menores eso se hace a través de los servicios públicos de la educación, sanidad y asistencia social, con el matiz de que se ha de tener siempre en cuenta el principio del interés del menor (como principio, como derecho y como norma de procedimiento). En el caso de las personas con discapacidad, también es el Estado el obligado a derribar las barreras sociales que les impiden el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad y, más en particular, el encargado de favorecer que cuenten con los apoyos que precisen y deseen para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 49 CE, recientemente reformado). Con todo, creo que especialmente espinoso en este momento es el tema del cuidado de las personas mayores; en una sociedad envejecida en la que cada vez hay más personas de edad avanzada que necesitan cuidados que la familia ya no les puede suministrar, o que no lo puede hacer íntegramente (sigue existiendo deber de alimentos entre parientes), de nuevo es preciso buscar nuevos

caminos. Otra vez la respuesta que parece más evidente en un Estado autocalificado de social es la de que los cuidados deben ser suministrados por el Estado a través de la prestación de servicios públicos de asistencia a la dependencia, además de la sanidad y las pensiones. La cuestión es que, hasta el momento, estas prestaciones ni incluyen a la totalidad de las personas que las precisan ni a todas las necesidades que presentan, y la previsible evolución de la sociedad y la política no parece augurar un futuro mejor que el presente. La contractualización de los cuidados puede no ser la mejor de las soluciones, pero sí es una de las posibles; entre otros, tiene a mi juicio un aspecto positivo: el de la valorización del cuidado, que mientras no ha tenido un precio no se ha considerado importante y prácticamente ha sido despreciado por el legislador.

En lo que atañe a la expansión del mercado y del objeto del contrato, ESTEVE PARDO trae a colación un rimero de ejemplos. Me parece especialmente destacable uno de los ámbitos en los que el autor es un conspicuo experto, cual es el de la tutela y protección del medio ambiente. El mercado de emisión de los gases de efecto invernadero, en el que los derechos de emisión se titularizan y son susceptibles de transmisión, es un buen ejemplo de lo que nos quiere apuntar. Fórmulas como los bancos de conservación de la naturaleza apuntan en la misma dirección.

En el capítulo IV reflexiona JOSÉ ESTEVE sobre la infiltración del contrato en las estructuras del Estado. Considera que el contrato invade cada vez más espacios situados en la órbita estatal y en sus funciones más características, monopolizados hasta hace poco por la ley. Incluso llega a afirmar que es el Estado quien se está retirando de muchos espacios que van siendo ganados y colonizados por el contrato. En este contexto menciona muchas cosas heterogéneas, entre las que le preocupan especialmente, una vez más, los contratos procesales; pero también la autorregulación en el ámbito de las tecnologías y en particular en la Inteligencia Artificial; incluso la controvertida Ley de amnistía que estaba en tramitación en las Cortes Generales cuando el autor escribió esas líneas es considerada por él como muestra de la contractualización parlamentaria.

De las muchas ideas que se contienen en estas páginas del libro me interesa resaltar aquí un párrafo del autor donde dice:

El contrato ha sido y es un medio muy efectivo de articulación de relaciones jurídicas personales, colectivas, comerciales y de todo tipo que ha potenciado y estimulado extraordinariamente la actividad social y económica, y las propias capacidades de realización de las personas. El contrato no es malo en absoluto, todo lo contrario. La única cuestión que puede plantearse, de gran relevancia por lo demás, es si la

expansión rampante del contrato que aquí hemos seguido le lleva a ocupar espacios que no le corresponden o si con su avance envolvente está erosionando, vaciando o deconstruyendo instituciones básicas del orden jurídico y constitucional en el que creemos permanecer.

En este lugar de la obra, ESTEVE PARDO cuestiona el anclaje constitucional de la autonomía de la voluntad y del contrato, que no están mencionados de modo expreso; sugiere el art. 10.1 (la dignidad humana), el art. 33 (la propiedad) y el art. 38 (la libertad de empresa) como posibles anclajes constitucionales, pero no se le ve muy convencido. Desde luego, reconoce que la autonomía de la voluntad es un componente básico de la libertad humana y un atributo de la persona. Siendo así, estoy plenamente convencida de su protección constitucional, por más que esta no sea tan explícita como otras libertades fundamentales.

El último y V capítulo desarrolla la idea de que la expansión del contrato es un camino que conduce directamente a la desigualdad y estima que la retracción de la ley que aquella expansión conlleva hace que la propia ley no pueda cumplir su cometido de salvaguarda de la igualdad real. Llega a hablar no ya del retorno al liberalismo, sino de la transición a un nuevo feudalismo y termina con un Epílogo donde compendia sus ideas.

Tengo la impresión de que esta reseña se ha alargado en demasía. La verdad es que el libro del Profesor ESTEVE es tan rico en ideas y en sugerencias que tendría para muchas otras páginas. Ya advierto al sufrido lector que no las voy a escribir, aunque sí terminaré dejando algunos apuntes sobre otros asuntos que el libro me ha traído a la cabeza y sobre los que no me voy a detener: el primero, el de la pluralidad de fuentes de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y la pérdida del monopolio de la ley como origen supremo del Derecho. El segundo, sobre el que sí he dicho algo, el cambio del significado de la libertad contractual que, al insertarse en el sistema constitucional, ha de ser contemplada desde su necesaria, y a veces compleja, coexistencia con otros derechos fundamentales. En tercer lugar, y con esto termino, la posible utilización del contrato no solo como instrumento técnico de la actividad privada, sino también como vehículo que pueda contribuir al logro de objetivos de interés general, por más que esta no sea su finalidad fundamental; me parece que la coherencia de la normativa contractual con los objetivos del desarrollo sostenible y, particular, con la tutela del medio ambiente, son un buen ejemplo de lo que quiero apuntar.

Solo me queda dar las gracias a José Esteve por su inspirador libro. Leído y releído varias veces, al menos de modo parcial, no dejo de ver nuevas ideas y de plantearme

nuevos retos intelectuales y prácticos; entiendo que es lo mejor que puede ofrecer una obra jurídica.

Fecha de recepción: 06.08.2024

Fecha de aceptación: 15.09.2024