

De la simplificación administrativa a la contractualización

di José Esteve Pardo

Abstract: From administrative simplification to contracting - Administrative, normative, and judicial simplification implies a withdrawal of the State, and a corresponding occupation of this space by civil society. A withdrawal of the fundamental regulatory instrument of the State, the legislation, and an occupation by the main instrument of ordering society, the contract. This process is analyzed on three points of view: normative, administrative, and judicial. Special attention is given to the withdrawal of administrative authorization established by the EU Directive of 2006 (Bolkenstein). In the absence of a declaration from the Administration, the coverage of a certification, or accreditation company, with which a relationship is established by a contract.

Keywords: Administrative simplification, contract, State, civil society, administrative authorization.

2003

1. La redistribución de espacios entre ley y contrato como reflejo de la nueva correlación entre estado y sociedad

La simplificación administrativa responde a muchas causas y motivaciones tal como se analizan en este número monográfico. Quiero tratar aquí especialmente una de ellas que me parece muy relevante. La simplificación administrativa es una manifestación, una más, de la retirada de la intervención pública, de la retirada del Estado en definitiva¹. La correlación

¹ Sobre el tema de la simplificación administrativa la bibliografía es demasiado abundante: v., *ex multiis*, J. Tornos Mas, *La simplificación procedimental en el ordenamiento español*, en *Revista de Administración Pública*, 151, 2000, 39-75; J. Tornos Mas y A. Galán Galán, *Comunicación pública (La información administrativa al ciudadano)*, 2000, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; S. Martín-Retortillo Baquer, *La simplificación de la Administración Pública*, en *Revista de Administración Pública*, 147, 1998, 7-37, que divide la simplificación administrativa en normativa, organizativa y procedimental; M. Maraví Sumar, *La simplificación administrativa: un asunto complejo*, en *THEMIS-Revista de Derecho*, 40, 2000, 289-299. Sobre la simplificación administrativa, ver también las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de junio de 2018; y 91/2017, de 6 de julio 2017, en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 2017.

entre regulación administrativa y simplificación es reflejo de una correlación de mayor calado: la que se establece entre Estado y sociedad. La regulación administrativa supone una intervención y manifestación del Estado; mientras que la simplificación supone una reducción de esa intervención del Estado con lo que la posible regulación se entrega a la sociedad, a lo que los particulares establezcan desde su autonomía de la voluntad.

Esta correlación entre Estado y sociedad se está recomponiendo en profundidad en las últimas décadas. Esa recomposición resulta, simplificando mucho, del fortalecimiento y avance de la sociedad, que le está ganando terreno al Estado. Esto es lo que se deduciría de la comprobación del avance del contrato que está conquistando de ese modo – reconquistando podría decirse en muchos casos – amplios territorios dominados por una intervención pública programada por la ley. Es la ley y la intervención pública la que está en retirada y su espacio lo está ganando el gran instrumento de la ordenación de las relaciones en la sociedad, el contrato. Basta con reparar en los clásicos tres poderes del Estado para constatar la expansión del contrato y como se está infiltrando en el Estado y horadando su estructura.

2. La expansión del contrato a través de la simplificación

2.1. La simplificación normativa y los instrumentos, convencionales (de matriz contractual), de autorregulación

Si reparamos en el poder normativo constatamos que es fuera del Estado, en la sociedad, donde se ha desarrollado en las últimas décadas un pujante fenómeno de autorregulación normativa en toda una serie de sectores, como son todos – que son muchos y relevantes – los que presentan una cierta complejidad técnica, ahí se explican las normas técnicas; o complejidad ética, que tiene entre sus múltiples expresiones los códigos de conducta. La autorregulación normativa avanza también por otras vías como la de los sectores profesionales.

Estas autorregulaciones pretenden una producción más ágil y simplificada de normas. tienen su exclusivo fundamento y legitimidad en el acuerdo, la convención, de los sujetos que a ellas se vinculan². Su fuerza vinculante deriva de ese acuerdo, de ese contrato en definitiva, y las posibles reacciones ante el incumplimiento de estas normas son, exclusivamente, las

² En el ejemplo anterior ese acuerdo es muy visible el llamado *ISDA Master Agreement*. Vid. E. Gamero Casado, *La simplificación del procedimiento administrativo: better regulation, better administration*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, 2016, 100-112. V. el artículo 103.1 de la Constitución Española: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

que puedan derivarse de la convención entre las personas que voluntariamente se sujetan a esas normas. La reacción más contundente es la reacción rescisoria que excluye al incumplidor del grupo y de su regulación propia al rescindir la relación, contractual, que mantenía con él. Es la autonomía de la voluntad la que funda la decisión de un sujeto de someterse a estas normas y es el contrato el que articula las relaciones entre esos sujetos en punto sobre todo al contenido y procedimiento de elaboración de las normas. Es pues el contrato la única fuente de legitimidad de esta autorregulación normativa que se ha expandido extraordinariamente en las últimas décadas. Los sectores tecnológicos, empresariales, profesionales se rigen en muy buena medida por estas normas que han ganado así amplios espacios de regulación a la normativa que procede del Estado, como son las leyes, los reglamentos y otras normas públicas³.

2.2. Simplificación de la actividad administrativa de prestación y liberalización de servicios públicos

Si el análisis lo proyectamos sobre el poder ejecutivo, sobre la acción de la Administración Pública, se hace también bien visible el avance del contrato en la actividad prestacional, tradicionalmente nucleada en torno a la noción de servicio público. La liberalización de importantes servicios y su consiguiente entrega al mercado registrada en las dos últimas décadas los ha situado precisamente fuera del régimen tradicional de los servicios públicos que requiere prestaciones en régimen de igualdad y accesibilidad establecidas por ley⁴. Consecuentemente con ello se había desarrollado por la jurisprudencia y doctrina una caracterización precisa de la situación jurídica del usuario, que es una situación estatutaria, conformada con carácter general por las leyes y los reglamentos del servicio que establecían un régimen común, con determinadas excepciones – también fijadas por ley – a favor de colectivos desfavorecidos justificadas en la ética y solidaridad característica de los servicios públicos. Ahora, en los servicios liberalizados y entregados al mercado, es el contrato, no el estatuto general del usuario, el que articula la relación entre operador y cliente.

Este modelo contractual tiende a expandirse más allá de los servicios de contenido económico sujetos a regulación y comienza a introducirse en sectores centrales en el Estado social como la cobertura asistencial y sanitaria. Si vislumbra así un tránsito de la asistencia general en materia sanitaria, sobre la base de una regulación legal como servicio universal, al

³ Puede verse al respecto mi ensayo: *Autorregulación: Génesis y efectos*, Pamplona, 2003 y M. Darnacullea Gardella, *Autorregulación y Derecho público. La autorregulación regulada*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2005.

⁴ En el ámbito local, v. J. Tornos Mas, *Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados*, en *REALA*, 17, 2017, 103-114.

modelo de prestaciones al asegurado en el que se aventura como un régimen diversificado según los sujetos y de vocación contractual en último término.

2.3. Simplificación administrativa con la retirada de la autorización administrativa en muchos sectores. La cobertura contractual alternativa

Pero también en la actividad administrativa de intervención, que convencionalmente puede adscribirse a la clásica noción de policía administrativa, se está abriendo paso el contrato de una manera no tan perceptible como en la actividad prestacional, pero a la postre más dominante y excluyente. Aquí es donde se hace más visible la simplificación administrativa, la retirada de la intervención administrativa. Posiblemente el paso más importante registrado en Europa en las dos últimas décadas sea la supresión de su intervención a través de la autorización administrativa en muchos sectores. Una retirada que se programa y generaliza a través sobre todo de la famosa Directiva de Servicios de 2006 o Directiva Bolkenstein⁵ pero que contaba ya con algunos antecedentes significativos. En el sistema que así se configura, la autorización administrativa es sustituida por la comunicación o la declaración responsable.

Desaparece por tanto el pronunciamiento o declaración de la Administración y, en su lugar, quien ahora se manifiesta es el promotor de la actividad, con su comunicación o declaración responsable. Una vez emitida esta comunicación, puede ya iniciar su actividad, pero carece del pronunciamiento de la Administración autorizándola. Carece por ello de la cobertura que ofrece un título administrativo que declara la adecuación a la legalidad de su actividad. Ciertamente que en el régimen tradicional de autorización administrativa la Administración puede otorgar una

⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Sobre la Directiva, v. [J. Aldomá Buixadé](#), [La simplificación administrativa en la Directiva de servicios](#), en V. [Aguado i Cudolà](#) y [B. Noguera de la Muela](#) (coord.), [El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales](#), Madrid, 2012, 147-174; D. Canals, *Simplificación administrativa y directiva de servicios: objetivos, medios e incidencias*, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 12, 2010, 297-235; J. Ponce Solé, *¿Mejores normas? Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial*, en *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, 201-243; R. Rivero Ortega, *Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 34, 2009, 51-80. Idem, (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, 2009; P. Nevado-Batalla, *Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio*, en R. Rivero Ortega (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, 2009, 165-187; S. Muñoz-Machado, *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 21, 2009, 1143-1154; H. Villarejo Galende, *La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, 2008, 47-82.

autorización que sea contraria a la legalidad, pero el sujeto autorizado sabe que está seguro sobre una declaración de la Administración, un título administrativo.

Es posible que la Administración se equivoque otorgando una autorización que no se ajusta a la legalidad, pero el sujeto autorizado no se equivoca si se ajusta a lo que se establece en esa declaración administrativa que es la autorización. Ninguna responsabilidad puede exigírsele tal como ha confirmado – no sin polémica – en la importante y supuestamente exigente normativa europea sobre responsabilidad medioambiental, concretamente la “Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”, que exonera de responsabilidad cuando «el daño ambiental ha sido causado por una emisión o un hecho autorizado mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas» (art. 8)⁶.

Esta cobertura no existe si no hay autorización ni declaración administrativa alguna. El promotor carece entonces de la seguridad sobre la adecuación de su actividad a los requisitos y condiciones que establece la legislación aplicable al sector de que se trate, que suelen incluir detalladas prescripciones técnicas.

Para tener seguridades a falta de una declaración administrativa, el promotor de una actividad puede acudir entonces al mercado, a un pujante mercado de acreditaciones, de certificaciones, de seguridades, que se está desarrollando a medida que la Administración se retira de su función autorizante, certificante. Las entidades privadas de acreditación y sustituyéndola de algún modo. Se puede encontrar en él un sujeto cualificado, una entidad privada de certificación o similar integrada por expertos en el sector, en su normativa y en su tecnología exigible, que acrediten que la actividad del solicitante se ajusta a ellas. Naturalmente, la relación que se entabla entre el promotor y la entidad de acreditación privada es una relación contractual. Un contrato que, pagando más por ello, puede perfectamente ampliarse también, operando como un seguro, a la cobertura de posibles responsabilidades derivadas de la actividad. Es así como la mayor parte de estas entidades privadas de acreditación y certificación se han creado en el entorno de las compañías de seguros, muchas veces como filiales de ellas.

Lo verdaderamente relevante es que, a través de la simplificación, hemos pasado de un régimen de autorización administrativa, que es la aplicación al caso concreto de una legislación general a todos aplicable por igual, a un régimen contractual, privado. entre sujetos privados con la consiguiente autonomía para establecer los pactos y condiciones que estimen

⁶ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre *responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, en *Diario Oficial*, n° L 143 de 30/04/2004, 56-75. Sobre este tema, v. M.H. Novelli, *Consideraciones acerca de la directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental*, en *Cognitio Iuris*, 2-4, 2012, 40-51.

convenientes. Un modelo marcado por la diversidad y desigualdad de posiciones en que los promotores pueden encontrarse según sean las coberturas pactadas contractualmente.

De ese modo, el régimen tradicionalmente asentado en la Europa continental –objeto por ello de atención por la Directiva de servicios para simplificarlo, eliminarlo, en lo posible– de intervención administrativa previa se transforma sustancialmente para asemejarse al mucho más simplificado, sin apenas intervención administrativa previa, que caracteriza al que impera en Estados Unidos. Allí la intervención administrativa previa es mucho menor o inexistente, algo que se compensa de algún modo con un régimen de responsabilidad severo, ejemplarizante en muchos casos en su aplicación judicial. El contrato de seguro resulta entonces imprescindible para cualquier actividad o instalación. Es entonces la compañía aseguradora la que supedita la póliza a la comprobación – por ella misma – o a la certificación – por un tercero – del cumplimiento de las exigencias legales por parte del promotor. En realidad es así la entidad aseguradora la que “autoriza” la actividad, pues de no darse esa adecuación a la legalidad no extenderá la correspondiente póliza y sin ella no es posible en la práctica iniciar la actividad⁷.

Todo esto nos muestra que la simplificación administrativa comporta una reducción de los trámites administrativos o la intervención administrativa, pero no supone en modo alguno una reducción de las posibles responsabilidades en las que pueda incurrirse. Es más, habrán de afrontarse esas posibles responsabilidades sin la cobertura y protección que puede suponer una autorización administrativa, por eso la tendencia a contratar con un sujeto privado que certifique de la adecuación a la legalidad (ya que no lo hace la Administración cuando se simplifica la intervención y se elimina la autorización) y que, en su caso, asegure al promotor por las responsabilidades en las que pudiera incurrir.

Pasamos así, con la simplificación, de un régimen general de autorización administrativa, establecido por ley y en aplicación suya, a otro contractual, marcado por el particularismo de los pactos que en cada caso se acuerden por las partes. Un tránsito de la ley al contrato que es, aquí también, expresión de ese flujo de amplio caudal en los últimos tiempos que lleva del Estado, de la órbita de la Administración en este caso, a la sociedad, al mercado. Un flujo que discurre también en el terreno económico como muestra un elemental análisis: la Administración, al no intervenir, no recibe tampoco tasa o retribución alguna; el flujo económico se dirige entonces hacia el mercado en el que operan compañías de seguros y entidades de certificación. Para el promotor, al que se le libera de la carga de la

⁷ Esa tendencia deconstructiva del régimen legal que aboca así en uno contractual la expongo con detalle en *La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa*, en A. Nogueira (Dir.) *La Termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Madrid, 2012, 29 y ss.

autorización, será muy posiblemente superior el coste de los servicios privados que obtiene mediante contrato que el de las tasas que pagaba por la autorización administrativa⁸.

De nuevo se muestra que la notable simplificación que supone la retirada de la intervención autorizatoria supone también una simplificación y reducción en los costes al no tener que pagar las tasas que normalmente van asociadas a una autorización administrativa. Pero esa reducción inicial de costes puede verse luego superada por un coste para el promotor que será muy superior al que supondría la tasa administrativa: el dinero que habrá de pagar, en virtud de lo establecido en el contrato, a la entidad privada de certificación y acreditación que compruebe la adecuación a la legalidad de sus instalaciones y le asegure frente a las posibles responsabilidades en las que pudiera incurrir con su actividad.

La simplificación administrativa que deriva de la eliminación de la autorización tiene otro importante inconveniente y es que margina a los terceros que ostenten derechos o intereses legítimos que puedan verse afectados. Cualquier autorización va precedida de un procedimiento en el que pueden participar y presentar alegaciones cualquier persona interesada, como puedan ser los vecinos. En cambio, en el régimen de comunicación solo interviene el sujeto que emite la comunicación y la Administración que la recibe. En España, un país en el que el turismo tiene un peso muy importante, está situación se ha dado de manera crítica con los llamados apartamentos turísticos. Apartamentos que, tras una simple comunicación, se destinan al uso por grupos de turistas sin que tengan conocimiento de ellos unos vecinos que muchas veces han de soportar molestias. El régimen tradicional de autorización exige un procedimiento previo en el que los vecinos pueden participar y presentar alegaciones. La simplificación administrativa puede generar así unos conflictos civiles que la autorización administrativa gestiona y resuelve previamente.

Porque la autorización administrativa no es una carga que se impuso arbitrariamente. En el siglo XIX el efecto negativo que podían tener ciertas actividades, sobre todo industriales, daba lugar a conflictos que se trataban mediante acciones judiciales civiles, aplicando la regulación que se contiene en el Código Civil sobre las relaciones de vecindad. Pero ese modelo se vio desbordado con el desarrollo industrial y se atribuyó entonces a la organización administrativa más próxima, el municipio, la facultad de un control previo mediante la autorización administrativa en cuyo procedimiento podían intervenir los vecinos. Este régimen de autorización

⁸ Unos costes económicos más elevados que no han de suponer una carga particularmente gravosa para las grandes corporaciones –muchas veces son cadenas de establecimientos sujetos a este régimen– pero sí lo son para pequeños empresarios y promotores, lo que contribuye también a la desigualdad. Claro que al pequeño promotor le basta con la comunicación para iniciar su actividad, pero sin ninguna cobertura sobre su adecuación a la legalidad, una situación desigual respecto a los que han contratado esta cobertura.

administrativa se inició en Francia a principios del siglo XX sobre una lista de actividades clasificadas por su impacto (actividades molestas o peligrosas). Un régimen de autorización que se extendió a toda Europa⁹.

Ahora con la simplificación administrativa que supone la eliminación de la autorización, tal como programa en Europa la “Directiva de servicios” volvemos así al régimen de acciones civiles y relaciones de vecindad propio del siglo XIX.

Pero también ahora, en el siglo XXI, con unas regulaciones muy detalladas en todos los sectores y ante la eventualidad de posibles responsabilidades, los operadores privados requieren de unas seguridades que no consiguen con el régimen simplificado de la comunicación. Por ello requieren como hemos visto la declaración de una entidad privada de certificación o acreditación con la que entablan una relación contractual.

2.3. De la simplificación judicial a los acuerdos (contratos) para la solución de conflictos

El contrato ha entrado así en uno de los reductos interiores del Estado, la policía administrativa, y lo hace también en un espacio público de mayor arraigo histórico como es la jurisdicción pues es una de las primeras funciones que justifica la misma existencia del Estado. Ciertamente es que, aun afirmándose con la mayor contundencia y solemnidad constitucional la jurisdicción del Estado, siempre han operado mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que presentan como principal ventaja la simplificación, cuya validez y eficacia deriva de un contrato, del acuerdo de voluntades de las partes.

Todos estas fórmulas – la mediación, el arbitraje y otras modalidades – han venido operando con normalidad al margen de la jurisdicción estatal lo que constituye, justamente, su singularidad característica. Al dejar de lado el proceso ante los Tribunales del Estado se quiere simplificar la resolución de conflictos. Pero, muy recientemente, esta correlación entre la jurisdicción, regida toda ella por la ley, y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, basados en el contrato y en el acuerdo de las partes, ha experimentado un importante reajuste con una retirada de la jurisdicción y una correlativa expansión de las fórmulas contractuales. Esa retirada de la jurisdicción del Estado viene programada por sus propias leyes.

Mediante ley en efecto se obstaculiza ahora el acceso a la jurisdicción con la imposición de tasas judiciales¹⁰ que tienen un claro efecto disuasorio deliberadamente buscado por la ley. Que ello es así se corrobora de manera

⁹ Vid. J. Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10 ed., Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, 2020.

¹⁰ Sobre todo por la Ley española 10/2012, de 20 de noviembre, de *tasas en el ámbito de la Administración de Justicia*, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 8 de enero de 2000.

muy consecuente en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil española¹¹ en la que se dan inequívocas indicaciones a los jueces para que informen a los litigantes sobre la existencia de vías y fórmulas para la resolución de conflictos al margen de la jurisdicción, invitándolos a acudir a ellos. Nos encontramos aquí ante una sorprendente acción legislativa de fomento del abandono de la jurisdicción con la sugerencia de las fórmulas alternativas y simplificadas de resolución de conflictos.

3. La quiebra de las posiciones de igualdad alcanzadas por las leyes

Qué significado y qué explicación podemos encontrar a esta constatada expansión del contrato, a su conquista – o reconquista – de espacios dominados por la ley, a su infiltración en los círculos interiores del Estado. Porque no se trata sólo de una expansión en su espacio propio, que es la sociedad, sino de una penetración en la estructura de un Estado que de ese modo se contractualiza. Y se fragmenta, pues su estructura, o su cemento, es legal y constitucional, no contractual.

Una primera consideración, del todo elemental, resulta pertinente y es que no cabe establecer una jerarquía valorativa entre ley y contrato. Sería absurda y vana la afirmación a priori de que la ley es mejor y preferible al contrato, o viceversa. Son distintos sus fundamentos y sus cometidos, si bien ambos son fuente de derechos y obligaciones. La única cuestión que puede plantearse es en torno a la correlación entre ley y contrato. Y para ello el único parámetro es de carácter constitucional. Ninguna Constitución se pronuncia de manera explícita y precisa en la fijación de unos espacios propios de la ley, delimitándolos de otros que corresponderían al contrato¹². Una delimitación de este tipo sí se da entre los diferentes tipos de normas que se producen por el Estado. Es un clásico constitucional la correlación entre ley y decreto-ley; entre ley y reglamento; entre ley orgánica y ley ordinaria; entre ley estatal y ley regional. Pero la correlación entre ley y contrato no está expresamente formulada. Para encontrar esas referencias hay que adentrarse en la búsqueda de la correlación matriz que es la entablada entre Estado y sociedad que se encuentra en el interior de toda Constitución.

La ley marca el radio del Estado, y el contrato es el instrumento de

¹¹ Ley española 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 8 de enero de 2000.

¹² Una determinación muy indirecta –pues no supone en modo alguno un criterio delimitador del ámbito de la ley y el contrato puede atisbarse en el artículo 1, sección 10, de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Ningún Estado podrá ...aprobar leyes que impidan el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos». En cualquier caso, como comprobaremos de inmediato, la *Supreme Court* admitió que las leyes modularan los efectos de los contratos para proteger a la parte débil, como eran en ciertas circunstancias los deudores hipotecarios en fase de ejecución.

articulación de las relaciones sociales, muy visible en la operativa del mercado donde es su principal instrumento. Una sociedad sin Estado – en la que no existe la ley – se conecta y se estructura en una tupida red de contratos, como era el caso del sistema feudal. Por el contrario, un Estado se impone sobre la sociedad, desarticulándola, cuando todo está ordenado por normas estatales, sin margen significativo para que los individuos puedan libremente regular mediante contrato sus relaciones e intercambios. La correlación entre ley y contrato es así reflejo nítido de la correlación entre Estado y sociedad que puede vislumbrarse, ésta sí, en una lectura atenta de cualquier Constitución. La propia evolución del constitucionalismo, la secuencia de las Constituciones que se suceden en su reciente historia, tiene como eje principal de progresión esa correlación de la que se van ofreciendo diferentes expresiones.

Las Constituciones del Estado liberal afirman y protegen toda una serie de derechos y libertades que marcan una línea divisoria clara y tajante entre el Estado y la sociedad. La función del Estado se reduce a mantener la seguridad y toda una serie de condiciones para que la sociedad y el mercado puedan desarrollar su propia y autónoma dinámica en torno a relaciones contractuales. No se admite la intervención de la ley en el espacio social y económico. Su función es más bien garantizar y tutelar la autonomía privada. Ahí tiene su sentido la noción de reserva de ley para permitir, de manera puntual, la intervención administrativa sobre la actividad privada.

Las Constituciones que afirman el modelo de Estado social amplían considerablemente el radio de acción de la ley. Un Estado social y democráticamente legitimado queda facultado así para intervenir en la sociedad y conformar sus relaciones manteniendo las libertades y la autonomía de la voluntad. Se había percibido que los derechos y libertades reconocidos en las constituciones liberales conforman un estatus jurídico igual y común para todos los ciudadanos, pero bajo esa igualdad formal se abrieron inadmisibles desigualdades materiales: en lo económico, en las relaciones de trabajo, en el acceso a la educación y la cultura, en la asistencia sanitaria, en la formación y desarrollo de las personas. La ampliación del radio de la ley en el Estado social tiene justamente ese objetivo de establecer una mínima igualdad material en las condiciones básicas de los ciudadanos.

Esta expansión de la ley se produce en dos frentes: Por un lado, se establece mediante leyes un estatus básico de los ciudadanos en sus derechos de acceso a los servicios públicos y a las prestaciones características del Estado social. La Constitución, como es bien sabido, no configura directamente estos derechos sociales, sino que remite su concreción al legislador. Es así la ley – no el contrato – la fuente de estos derechos y obligaciones que se derivan de los genéricos mandatos constitucionales. La configuración por ley de los derechos conlleva – y es un efecto deliberadamente pretendido por la Constitución – el establecimiento de un régimen general, estatutario, igual para todos los ciudadanos; de la misma

manera que es general, conformador de un estatus común, el catálogo de derechos y libertades que la Constitución directamente configura.

El otro frente en el que se expande la ley es justamente el contractual. En el entorno constitucional del Estado social, las leyes imponen en ciertos sectores determinadas condiciones a los contratos, como sucede en el ámbito laboral, con la finalidad de garantizar los derechos sociales. Esa regulación legal, que supone ciertamente una limitación a la libertad de pactos, está también animada por la idea de igualdad con dos objetivos: uno, mantener en todos los contrato los mismos, iguales, derechos básicos; otro, asegurar en lo posible una cierta igualdad entre las partes contratantes, apoyando a la parte más débil, como es el trabajador en muchos casos¹³.

La considerable ampliación del espacio dominado por la ley en el Estado social se justifica así en el aseguramiento de una igualdad básica en la posición de partida de todos los ciudadanos tanto en su existencia y posibilidades de desarrollo personal, como en los contratos en los que es parte y cuyo objeto se relaciona con derechos sociales. Por ello si ese espacio regulado y amparado por la ley, que hace iguales a sus destinatarios, se reduce y es conquistado – reconquistado – por el contrato con su particularismo característico, entonces esa igualdad se quiebra y se descompone en una diversidad de situación singulares, que pueden ofrecer desigualdades muy marcadas. Esto es algo que se ve bien a las claras en los supuestos que al inicio tomábamos como ejemplo de simplificación administrativa o simplificación judicial: no se tiene la misma situación legal y estatutaria ante el servicio de interés general cuando median relaciones contractuales singulares que pueden tener un contenido prestacional distinto; no se tiene la misma posición cuando se contrata la cobertura de riesgos de una actividad con compañías de seguros ante la simplificación administrativa que supone la retirada de la autorización; no tienen la misma posición ante una jurisdicción que exige tasas para acceder a ella las entidades bancarias o de seguros – que, además de su fortaleza económica, hacen del litigio judicial un instrumento ordinario de su actividad – que la persona que se lo plantea como una opción extrema que le comportará unos elevados costes económicos, a los que ahora se añaden las tasas, de los que no sabe si podrá resarcirse¹⁴; tampoco la situación es de igualdad ante esa

¹³ Destaca así con todo acierto Alain Supiot que el Derecho social se ha construido sobre la duda metódica del consentimiento del débil a la voluntad del fuerte, ahora ,con la deconstrucción del Derecho social de base legal, con la pulverización del Derecho en derechos subjetivos, ese consentimiento contractual es la condición necesaria y suficiente de la obligación jurídica, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010, 48.

¹⁴ Andrés de la Oliva, que ha rescatado muy oportunamente un texto de Jeremy Bentham, se ha pronunciado al respecto de una manera tan crítica como certera «Me avergüenza que en España se haya hecho posible algo tan inicuo y tan desprovisto de sensibilidad hacia las personas corrientes. Y me avergüenza que se haya atentado tan salvajemente contra una de las mejores tradiciones españolas, preservada durante siglos hasta el mismo *dies nefas* de la vigencia de esta Ley: una Justicia accesible a todos y no

justicia privada, arbitral, hacia la que ahora se empuja y en la que las grandes corporaciones tienen una capacidad de influencia, como “justicia contractual” que es, de la que carecen por completo ante la jurisdicción conformada por la ley, comenzando por el juez por ella directamente predeterminado¹⁵.

Sobre esta nueva correlación entre una ley en retirada y un neo contractualismo rampante puede por supuesto mantenerse y justificarse cualquier opinión o valoración. Pero lo que a mi entender la hace muy cuestionable es la brecha que abre en esa igualdad que la regulación por ley de suyo comporta y que el particularismo contractual desconoce¹⁶. Puede al respecto mantenerse también cualquier postura sobre el valor, o desvalor, de la igualdad. Pero lo cierto es que viene requerida por los presupuestos constitucionales del Estado social, que afirma un estatus jurídico básico de derechos y deberes de los ciudadanos establecido por la propia Constitución o por las leyes que la desarrollen. Se entabla así una correlación entre Estado y sociedad según la cual el Estado tiene un poder, limitado ciertamente, de conformación por ley de la realidad social y de las relaciones contractuales entre sus miembros en los ámbitos en que ese estatuto jurídico básico puede verse afectado.

El retraimiento del Estado y de la ley, y el correlativo avance de la sociedad y el contrato, nos retrotraen a la correlación propia del Estado liberal en el que el contrato asume el principal protagonismo, acantonándose la ley en el mantenimiento de la seguridad y las condiciones que requiere el libre juego de la dinámica del mercado y de las relaciones contractuales¹⁷. Sabemos de la superación de ese modelo y del progreso que condujo al Estado social en el que, al menos nominalmente, seguimos instalados¹⁸. Por

obstruida por costes impeditivos que las reservan a los pudientes, desprotegiendo a la inmensa mayoría de los españoles». *Introducción* al texto Jeremy Bentham: *Una protesta contra las tasas judiciales*, Madrid, 2013, 38.

¹⁵ Con la retirada de la ley recuperan posiciones los poderosos y las pierden los débiles. En ese sentido resulta muy pertinente la observación de Claudio Magris: «La ley es tutela de los débiles, porque los fuertes no necesitan de ella, fue la plebe en Roma la que pidió y obtuvo las doce tablas, basilares en el derecho romano escrito», en *Literatura y derecho ante la ley*, Madrid, 2008.

¹⁶ Sobre las dimensiones actuales del contrato es de gran interés, por su sintonía con las cuestiones aquí apuntadas, el muy completa estudio del profesor Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, Paris, 2008.

¹⁷ En su ensayo sobre el liberalismo, afirma Harold Laski que «su instrumento fue el descubrimiento de lo que podemos llamar el Estado contractual. Para lograr este Estado, se esforzó por limitar la intervención política dentro de los límites más estrechos, compatibles con el mantenimiento del orden público. Nunca pudo entender – o nunca fue capaz de admitirlo plenamente – que la libertad contractual jamás es genuinamente libre hasta que las partes contratantes poseen igual fuerza para negociar. Y esta igualdad, por necesidad, es una función de condiciones materiales iguales», *El liberalismo europeo*, Mexico D.F. 2003, 16. La primera edición en inglés de esta obra de Harold Laski, *The rise of European Liberalism*, es. de 1936.

¹⁸ De la misma manera que el Estado liberal, con base constitucional, supuso un progreso respecto al Estado estamental. «El cimiento jurídico de la sociedad cambió del status al contrato», en certera observación de H. Laski, *El liberalismo europeo*, cit., 11.

ello el retorno del contrato, alcanzando espacios en los que están muy presentes los intereses generales y que eran por ello regulados por ley, supone un retroceso en esas conquistas legales además de violentar la correlación constitucional entre Estado y sociedad que ese modelo de Estado social presupone.

4. La lenta deconstrucción a golpe de contrato del estado social. El necesario escrutinio constitucional

Todas estas transformaciones, entre ellas la tendencia simplificadora, se están produciendo sin un plan o proyecto que las explique y oriente. Es una de las constataciones de nuestro tiempo, postmoderno por decir algo: el agotamiento de los grandes relatos, de los proyectos utópicos, y de los proyectos no utópicos, de retorno a lo conocido. No hay en efecto un proyecto utópico alternativo de progreso al Estado social, hasta el punto de las que hoy se presentan como fuerzas más progresistas y alternativas lo que reivindican es el mantenimiento y la regeneración del Estado social¹⁹. Puede al respecto objetarse, y es en buena media cierto, que la nueva correlación entre Estado y sociedad, entre ley y contrato, que aquí se trata críticamente no resulta de un avance agresivo del contrato, sino que es la propia ley la que regula la retirada, el encogimiento del Estado. Es la ley, en efecto, la que entrega al mercado toda una serie de servicios que antes se gestionaban fuera de él con arreglo al código del servicio público. Es la ley la que suprime la autorización administrativa para avanzar en la simplificación administrativa. Es la ley la que, buscando la simplificación judicial, obstruye el acceso a la jurisdicción imponiendo tasas y la que anima a los litigantes a resolver sus conflictos por vías alternativas. Y todos los espacios de los que se retira la acción pública programada por la ley son al poco tiempo colonizados por el contrato.

Pero esta retirada del Estado no es una retirada ordenada y no se sabe si se detendrá, en que punto lo hará y si reorganizará desde allí sus fuerzas y su estrategia. Porque también se registra un interesante movimiento de reacción, de recuperación, ante el avance del contrato, la privatización y la simplificación. Un movimiento de extensión del derecho público, de los requerimientos de transparencia, de la *accountability* (término de moda pero expresivo) a estas relaciones y ámbitos para tutelar los intereses generales presentes en ellos²⁰. Pero tampoco hay, aunque pueda vislumbrarse, un

¹⁹ Así lo destaca Alain Finkielkraut en *L'identité malheureuse*, Paris, 2013, p. 16, 17, sobre todo cuando constata la posición de Stéphane Hesse, ideólogo del movimiento de los indignados cuya crítica se centra en el desmantelamiento del Estado social sin reivindicación rupturista alguna. La falta de relevo en la concepción de nuevos proyectos había sido también destacada por Jürgen Habermas en *La crisis del Estado social y el agotamiento de las energías utópicas*, en *Ensayos políticos*, Barcelona, 1988.

²⁰ Vid. J. Esteve Pardo, *La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria*, en *Revista de Administración Pública*, 189, 2012, 11-40; J. Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, en *Harvard L. Rev.*, 116-5, 2003, 1285-1352

modelo o proyecto que ordene y de sentido estos movimientos en uno y otro sentido, como sería un nuevo modelo de Estado, situado posiblemente en una posición replegada pero estratégica, tratando de garantizar los mismos objetivos pero con otros medios, consciente de la nueva correlación que se está forjando con la sociedad –una nueva sociedad– y tratando de aprovechar las energías que de esa fusión se liberan, sobre todo por el fortalecimiento de una sociedad, de un sector privado, cuya pujante actividad se ha de saber reconducir también a la atención de los intereses generales²¹.

Pero, por el momento, esta retirada de la ley y el progresivo avance del contrato se produce sin un plan, sin una hoja de ruta que nos indique un punto de arribada. No hay proyecto constructivo con una mínima hondura y consistencia. Es un genuino y postmoderno proceso de deconstrucción el que se está produciendo. De deconstrucción del Estado social, desmotando su armadura, hecha de leyes con iguales contenidos, utilizando para ello el contrato como instrumento²². No hay programa transformador – y, menos, revolucionario – alguno. No es una deconstrucción programada, anunciada, ruidosa. Se realiza piedra a piedra, contrato a contrato.

Es bien conocida la resistencia que encontró en la *Supreme Court* de los Estados Unidos el programa del Presidente F.D. Roosevelt para implantar el *Welfare State* – el Estado del Bienestar, versión americana del Estado social europeo –, tras el colapso del sistema capitalista liberal con la crisis de 1929. Cuestión del todo central en esa jurisprudencia y su evolución era si las leyes sociales, particularmente las que regulaban horarios y condiciones de trabajo, podían considerarse inconstitucionales si vulneraban la libertad de contratación. Varias sentencias se pronunciaron en tal sentido limitando así el espacio del legislador y su acción para introducir reformas sociales. Ahí se cuentan entre otras las sentencias *Lochner v. New York* (1905)²³, *Hammer v. Dagenhart* (1918)²⁴, *Adkins v. Childrens Hospital* (1923)²⁵, *Morehead v. New York ex rel. Típaldo* (1936)²⁶, *Schechter v. US* (1936)²⁷. Otras sentencias corrigieron esta línea y admitieron ya el avance de la ley afirmando con carácter general los derechos sociales aunque pudieran limitar – en realidad

²¹ Una aproximación a los nuevos modelos de Estado que en tal sentido se avizoran – Estado garante, Estado regulador y otros– puede encontrarse en mi libro, *La nueva relación entre Estado y sociedad (Aproximación al transfondo de la crisis)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, 2013.

²² Supiot ha notado con acierto como la teoría de la deconstrucción de Jacques Derrida, *Force de loi. Le "Fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, Paris, 1994, que parte de una concepción individualista de la justicia, es la pendiente filosófica de la descalificación de la justicia social por los ultraliberales, que advierten en ella una aspiración sentimental sobre la que no puede fundarse un Derecho digno de tal nombre. Se manifiestan aquí los vínculos profundos entre la filosofía postmoderna y el ultraliberalismo. *L'esprit de Philadelphie*, cit., 47, 48.

²³ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45>.

²⁴ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/247us251>.

²⁵ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/261us525>.

²⁶ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/298us587>.

²⁷ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/295us495>.

era algo deliberadamente pretendido – la libertad contractual. En esa línea se sitúan, entre otras, las sentencias *West Coast Hotel Company v. Parrish* (1937)²⁸, *Carter v. Carter Coal Company* (1936)²⁹, o *National Labor Relation Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937)³⁰.

Nos encontramos ahora en el mismo punto, en la misma cuestión, pero en el camino de vuelta. Si entonces era la ley la que trataba de limitar, y reducir en parte, el espacio del contrato para afirmar de manera general e igual para todos una serie de derechos sociales, ahora es el contrato el que gana espacios a la ley, reduciendo el alcance de sus conquistas y quebrando la igualdad de condiciones que por vía legal se establecen.

Que se trata de un debate constitucional rigurosamente contemporáneo entre ley y contrato lo prueba la jurisprudencia de la *Supreme Court* sobre las leyes aprobadas en aquel contexto de crisis para la protección de los deudores hipotecarios ante la pérdida inminente de su vivienda. Así la sentencia *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934)³¹ confirmando la constitucionalidad de una ley del Estado de Minnesota que fijaba una moratoria a los deudores hipotecarios e impedía el desahucio de los que no podían afrontar el pago; aunque en una reacción auspiciada por el sector más conservador del Tribunal, una sentencia del año siguiente, *Louisville Stock Land Bank v. Radford* (1935)³² anulaba una ley que protegía la posición de los deudores hipotecarios.

Como se ve, el entorno es similar al que nos envuelve ahora pero con una diferencia sustancial: se tenía plena conciencia entonces de que la correlación entre contrato y ley se estaba recomponiendo, deslizándose a favor de la ley con el impulso de las fuerzas de progreso, y que ese movimiento podía ser objeto, como así fue, de escrutinio constitucional. Ahora el movimiento de signo inverso, silencioso y sin proclamas, con el contrato ganando – o recuperando – terreno a la ley parece pasar inadvertido cuando merecería también de un debate y de un examen constitucional para el que no faltan referencias que aquí se han insinuado: es la correlación entre Estado y sociedad del modelo de Estado social la que se ve afectada; es la igualdad, con toda su hondura constitucional la que se ve quebrada; es, en fin, un movimiento de vuelta, regresivo, deconstructivo de un orden

²⁸ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/300us379>.

²⁹ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/298us238>.

³⁰ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/301us1>.

³¹ Consultada en <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/290us398>. Esta última la más relevante tal la más importante porque declaró la inconstitucionalidad de buena parte de la *National Industrial Recovery Act*, una Ley federal que resultaba clave en el plan de reformas del Presidente F.D. Roosevelt. Aunque en esa declaración de inconstitucionalidad pesaron más otras motivaciones, como la excesiva discrecionalidad que se concedía a la Administración. Vid. al respecto la clarificadora exposición de esa jurisprudencia y su entorno político e ideológico en M. Beltrán de Felipe y J.V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2 ed., Madrid, 2006, 172 y ss.

³² Consultada en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/555/>.

constitucional que se daba por irreversible, y que nos lleva, sin proclamarlo, a otro que se dio por superado.

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Barcelona
jestevep@ub.edu