

## PRÓLOGO

Fernando Shina me ha conferido el honor de realizar el prólogo de esta obra que, con ligeras modificaciones, fue excelente tesis doctoral, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Fernando A. Ubiría.

Mi relación con ella y con el autor data de una misma época, finales de 2018, cuando fui designado por la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires como miembro del Tribunal de Tesis que la juzgó y aprobó.

En aquel momento, luego de leerla detenidamente, tuve la convicción de que estaba ante una obra importante, convicción que hoy ratifico, que tiene los mejores requisitos que son dables esperar de una producción jurídica: un autor inteligente, un tema magnífico, una impecable estructura metodológica, está muy bien escrita y, sobre todo, *invita a pensar*. Y, sobre todo, *a repensar*. A repensar una institución jurídica de tanta importancia como la autonomía de la voluntad o autonomía privada, que está hoy, ya entrados decididamente en el tercer milenio, en un banco de pruebas, sometida a una profunda revisión y transformación de buena parte de sus basamentos y postulados clásicos. Y, sobre todo, de su campo de aplicación.

El principio de la autonomía privada consiste en la facultad de los particulares de regir y gobernar sus intereses mediante manifestaciones de voluntad adecuadamente expresadas. Fue concebido como basamento fundamental de la teoría del acto o negocio jurídico.

Esa autonomía, conforme su formulación clásica, en su manifestación más genuina y amplia, se manifiesta con especial relieve en el ámbito contractual, donde a las partes se les permite crear los vínculos recíprocos que el contrato supone y, dentro de ciertos límites (que han sido variables a través de la historia), reglar su contenido.

Esta cosmovisión, edificada en torno al contrato clásico, discrecional, paritario, hunde sus raíces en un momento particular de la historia; es hija dilecta de la Revolución Francesa, de la doctrina del contrato social de Rousseau y del liberalismo económico. Está ligada al paradigma de hombre y de sociedad que la gestaron. Su im-

portancia ha sido (y en muchos ámbitos sigue siendo) tan decisiva, que muchos juristas asimilan a ella la noción de contrato y de libertad contractual.

Concebida en términos absolutos, termina edificándose en torno a una noción unitaria del contrato: solo existe un tipo de contrato y siempre es regido por ella.

De esta conceptualización se derivan varias consecuencias: la libertad de contratar o de no contratar (libertad de conclusión), la nulidad allí donde falta la libertad (teoría de los vicios del consentimiento), la libertad de determinar el contenido del contrato, que da vida a los contratos innominados (libertad de configuración interna), la intangibilidad, como regla, de los contratos; su fuerza normativa y vinculante, que conduce a proclamar que aquello que los contratantes quieren no solo es lícito sino también sancionado por el Estado; la interpretación del contrato según la común intención de las partes, la elección de la ley aplicable en el terreno del derecho internacional privado, entre otras.

Esta perspectiva es impugnada por Shina, quien sostiene que en nuestro tiempo la regla de la autonomía de la voluntad ha perdido centralidad en la organización de la teoría del acto jurídico, en la teoría general del contrato y también en la teoría general de la responsabilidad civil. Afirma, en ese orden de ideas, que la autonomía de la voluntad es hoy una regla contra fáctica, un enunciado formulado "como un principio esencial para las libertades del individuo que, sin embargo, casi siempre se articula bajo la forma de una renuncia o de una restricción de los derechos individuales". Y que, como consecuencia de ello, el resultado final que se verifica de su aplicación, principalmente en las relaciones contractuales, es que dicha regla "restringe los derechos de los contratantes individuales y en pocas oportunidades asegura una libertad contractual".

El autor centra su enfoque, de modo particular, en la nueva concepción del contrato en el Código Civil y Comercial y procura demostrar de qué modo el nuevo cuerpo normativo ha modificado profundamente la teoría general del contrato que hasta su sanción conocíamos, plasmando la coexistencia de tres grandes tipologías o categorías contractuales, cada una con reglas propias y "en algunos casos, verdaderamente rupturistas de la teoría contractual clásica". En ese contexto analiza con rigor esas tres categorías: el contrato discrecional o paritario (en derredor del cual se gestó tradicionalmente la noción de contrato y se moduló la regla de la autonomía de la voluntad o privada), el contrato por adhesión a condiciones generales y el contrato de consumo. Shina pone especial énfasis en señalar la importancia que para este proceso de ruptura de una tipología contractual unitaria ha tenido el fenómeno de descodificación, la constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes. Se trata de un enfoque agudo y reflexivo, que pone en evidencia tipologías contractuales que se estructuran en la existencia de fuertes asimetrías entre los contratantes. Asimetrías que se advierten en los contratos por adhesión a condiciones generales entre grandes y pequeñas empresas, particularmente en el plano de la información, y que se potencian en los contratos de consumo entre empre-

sas y consumidores, ámbito en el cual se suma el papel que juega la posición de mercado que tienen los proveedores profesionales, y la brecha que separa al experto del profano. Es materia ciertamente opinable la entidad cualitativa y cuantitativa que tiene la autonomía privada en cada una de esas tipologías contractuales de carácter general.

El autor se pregunta si el contrato paritario sigue siendo en nuestros días un paradigma, modelo o prototipo del derecho privado. Y llega a una respuesta negativa, al considerar que “en la mayoría de los casos no se verifican, entre las partes que se disponen a contratar, condiciones de paridad negocial y mucho menos de autonomía de la voluntad simétrica”. La teoría contractual clásica, dice el autor, “se quiebra porque la autonomía de la voluntad dejó de ser el eje sobre el cual gira toda la construcción del contrato; los contratos del siglo XXI ya no se celebran al amparo de la autonomía de la voluntad sino bajo la intervención de leyes protectorias que buscan equilibrar las asimetrías entre los contratantes”.

Vivimos un tiempo de grandes asimetrías en el plano contractual que obligan al operador jurídico a delinear una reacción. Yo, en lo personal, vislumbro dos grandes tipologías de asimetrías. Aquellas que existen en los contratos por adhesión a condiciones generales entre grandes y pequeñas empresas, y entre empresas y consumidores. Asimetrías que transitan no solo por el poder jurídico y económico de las partes, y por su posición de mercado, sino también, sobre todo, por la información que disponen (agravada, en el caso de los consumidores, frecuentemente, por la desinformación de estos últimos).

Esta realidad impone un cambio de perspectiva, que puede ir desde una mera reformulación o *aggiornamento* de la doctrina de la autonomía de la voluntad a una posición rupturista, que lisa y llanamente proclama su desvanecimiento en buena parte de la contratación moderna.

En esta última línea de pensamiento parece adscribirse Shina, quien luego de analizar los contratos por adhesión a condiciones generales trata los contratos de consumo y llega a la conclusión de que ellos “no participan de prácticamente ninguna de las características del contrato tradicional”; y que, por el contrario, “el derecho del consumo establece principios directamente opuestos a las reglas tradicionales”. “El encuentro dialéctico entre la libertad contractual y la intervención estatal —agrega— no es un confronte para definir la mayor o menor debilidad de la voluntad de una u otra parte sino que procura un punto de encuentro entre la voluntad de las partes y la equidad conducida por la intervención oficial”. De ello infiere “la decreciente autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial”, particularmente en los contratos por adhesión a condiciones generales, y sobre todo, en los de consumo.

La libertad de los contratantes fuertes está limitada por ley porque ello remedia las sustanciales limitaciones de libertad de los contratantes débiles. Tiende, de tal modo, a asumir relevancia creciente la pertenencia de los contratantes a una de-

terminada categoría socio-económica (consumidores, inquilinos, etcétera). Proliferan las normas protectoras. Se han roto buena parte de los paradigmas de la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad en materia contractual.

Hemos llegado a un punto en el que ya no podemos hablar de un contrato “a secas”, en el que rija en toda su plenitud de otrora la autonomía privada, sino de grandes tipologías contractuales, cada una con variantes y modalidades, en donde los postulados y efectos de aquella languidecen y pueden inclusive desaparecer. Y entonces uno se pregunta: ¿tiene sentido seguir hablando de autonomía privada como una concepción unitaria que presenta múltiples restricciones? ¿O, quizás, estamos ante una implosión que se atomiza y descompone en distintas figuras, que asignan a la voluntad y a sus efectos alcances ciertamente disímiles?

Toda respuesta que se formule deberá hacerse cargo de una realidad que hoy se vislumbra: la autonomía de la voluntad, como principio rector del sistema de derecho privado patrimonial, languidece en numerosos sectores de la contratación, a punto que una calificada doctrina hoy proclama su eclipse. Pero paradójicamente, como el ave fénix, resurge con una fuerza inusitada en ámbitos en los que clásicamente estuvo vedada, como ocurre en materia de derecho de la persona, de las familias y también en el derecho sucesorio. ¿Eclipse y renacimiento de la figura?

En este contexto fáctico y jurídico se desarrolla la obra que aquí presento, inteligente, rica en ideas, sugerente, saludablemente contestataria. Como su autor. Es difícil no poner nuestro pensamiento a prueba después de haberla leído varias veces. Aun cuando puedan no compartirse varias de sus conclusiones.

Seguimos haciendo camino al andar ...

**RAMÓN DANIEL PIZARRO**

LA CUMBRE, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2020