

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	25

ESTUDIO PRELIMINAR

I. El ocaso de la autonomía de la voluntad	29
a) Presentación	29
b) La importancia del Título Preliminar en el Código Civil y Comercial	34
1. Presentación	34
2. Las reglas interpretativas	35
I. Finalidad de la ley y analogía legal	35
II. Sistema de interpretación coherente	36
III. Los derechos humanos	36
3. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como barrera principiológica contra la autonomía de la voluntad	37
c) La autonomía de la voluntad como enunciado contrafáctico	38
II. Las neurociencias y el Derecho	40
III. Epílogo preliminar	42

CAPÍTULO I

EL DERRUMBE DEL DERECHO PRIVADO TRADICIONAL

§ 1. El objeto	45
a) Presentación	45
b) El lento retroceso de la autonomía de la voluntad en la doctrina nacional	46
c) La contrafacticidad de la autonomía de la voluntad	49

d) El injusto obligatorio, la igualdad de los desiguales, la injusticia particular, y el bienestar general	49
1. Presentación. La igualdad genérica y la desigualdad particular	49
2. Del injusto particular al bienestar general	51
§ 2. La autonomía de la voluntad en el derecho privado tradicional	54
a) Presentación	54
b) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del acto jurídico	55
c) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del contrato	58
d) El comienzo del fin de la autonomía de la voluntad: la constitucionalización del derecho privado	60

CAPÍTULO II

LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

§ 3. Aspectos generales	67
a) Presentación	67
b) El fenómeno de la descodificación	68
c) El derecho y el diálogo de fuentes	70
d) El diálogo de fuentes y la prelación normativa	71
e) Reflexiones finales sobre la constitucionalización del derecho privado, la descodificación y la autonomía de la voluntad	75
f) La fragmentación tripartita	76
1. Los contratos paritarios	77
2. Los contratos de adhesión	79
— Nuestras reflexiones críticas acerca del contrato de adhesión	81
3. Los contratos de consumo	85
I. La necesidad de incluir al contrato de consumo en el Código Civil y Comercial	86
II. Los contratos de consumo y la fragmentación de la teoría clásica	87
g) Los contratos conexos	88
1. Presentación	88
2. La era de la conexidad contractual	88
3. La conexidad y el efecto relativo de los contratos	89
4. Los contratos conexos en la jurisprudencia nacional	90
§ 4. El sujeto consumidor y la fragmentación del ordenamiento jurídico	92
a) Presentación	92
b) La necesidad de fragmentar la unidad contractual	93
c) La intervención estatal del contrato como regla y la libertad contractual como excepción	94
§ 5. La libertad contractual como principio ético, económico y jurídico	96
a) Palabras preliminares	96
b) Las paradojas del contrato clásico	97

c) La paridad aparente y la injusticia probable	97
d) ¿Libertad contractual o contrato obligatorio?	98
e) La tutela de la riqueza	98
f) Intervenir la contratación privada es intervenir la economía	99

JURISPRUDENCIA

1. Seguridad jurídica. « <i>Pacta sunt servanda</i> »	100
2. Seguridad jurídica. Leyes de emergencia	101
3. Seguridad jurídica “versus” buena fe	101
4. Seguridad jurídica y equidad. Seguros. Limitación de responsabilidad	101

CAPÍTULO III

**EL IMPACTO DE LAS NEUROCIENCIAS
EN EL CONSUMO MASIVO:
EL OCASO DE LA AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD**

§ 6. El desarrollo tecnológico interpela al anacronismo jurídico	103
a) Presentación	103
b) Las Naciones Unidas y el consumo en el siglo XXI	106
§ 7. La publicidad, el crédito y la contratación masiva	108
a) Presentación	108
b) La publicidad y la autonomía de la voluntad	109
c) La publicidad “versus” la información	110
d) La publicidad distorsiva, la información falsa y la responsabilidad	111
§ 8. La confianza	114
a) Presentación	114
b) La demanda inducida por la oferta	115
c) La confianza y el discernimiento	115
§ 9. La negociación y el consumo masivo	116
a) Presentación	116
b) Las nuevas herramientas contractuales	116
c) El negocio jurídico masivo: hacia una responsabilidad más objetiva	117
d) La intervención del Estado	118
e) El paternalismo libertario	120

CAPÍTULO IV

**EL NUEVO DERECHO PRIVADO A PARTIR
DEL TÍTULO PRELIMINAR
DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

§ 10. Introducción	123
--------------------------	-----

A. EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

§ 11. La eficacia temporal	124
a) Presentación	124
b) Retroactividad legal: ¿conflicto de leyes o de principios jurídicos?	126
c) Las normas supletorias y las normas interpretativas	128
d) Retroactividad legal, leyes supletorias y relaciones de consumo	129
e) Reflexiones finales	132
§ 12. La retroactividad de las leyes y los derechos constitucionales	134
a) Presentación	134
b) El principio constitucional protectorio	135
§ 13. La integración contractual y la retroactividad	136
a) Presentación	136
b) La tensión entre los arts. 7º y 960 del Código Civil y Comercial	136
§ 14. Conclusiones críticas del art. 7º del Código Civil y Comercial	137
a) Presentación	137
b) Nuestra opinión	137
JURISPRUDENCIA	
1. Irretroactividad	138
2. Aplicación inmediata del nuevo ordenamiento	139
3. Reglas aplicables	140
4. Aplicación retroactiva	140
5. Retroactividad y relaciones de consumo	141

B. LA INEXCUSABILIDAD DE LA LEY

§ 15. Aspectos legales	142
a) Presentación	142
b) La aporía de la ley desconocida y obligatoria	142
c) La inexcusabilidad como solución legal y la ignorancia como problema social ...	147
d) Pequeñas y grandes diferencias entre el nuevo régimen y el anterior	147
JURISPRUDENCIA	
— Inexcusabilidad	148

C. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

§ 16. Aspectos legales	149
a) Presentación	149
b) La dimensión social del abuso del derecho	150
c) El abuso del derecho como apariencia y como exceso	151
d) El abuso del derecho y la libertad contractual	152
§ 17. El abuso del derecho en el Código Civil y Comercial	154
a) Presentación	154
b) Un abuso del derecho renovado	154
c) Las situaciones jurídicas abusivas	156
d) Los derechos absolutos y el abuso del derecho	157

JURISPRUDENCIA

1. Prácticas abusivas. Mora. Sanción excesiva	158
2. Prácticas abusivas. Hostigamiento a cliente moroso	159
3. Abuso del derecho. Hostigamiento a cliente moroso	159
4. Baja del servicio. Requisitos excesivos	159
5. Rescisión del contrato. Pérdida de descuentos. Abuso del derecho	160
6. Desequilibrio contractual	160
7. Abuso del derecho. Aplicación restrictiva	160

D. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

§ 18. Aspectos legales	161
a) Presentación	161
b) Una nueva puja entre la seguridad jurídica y la equidad	163
c) La pequeña y mediana empresa: otro sujeto vulnerable	166
— Presentación	166
d) Abuso de posición dominante y competencia empresaria	169
e) Competencia e imposibilidad de competir	171
— Presentación	171
f) Consumidores “versus” pymes: el enfrentamiento de los débiles	174
§ 19. Aspectos relevantes del art. 11 del Código Civil y Comercial	175
a) Presentación	175
b) La integración normativa y el orden público-económico	175
c) Posición crítica de la figura	176
d) La intervención estatal y el abuso de posición dominante	178
§ 20. Caso “Hoffmann - La Roche v. Commission of European Communities”, 1976: la posición dominante en el derecho extranjero	178
a) Presentación	178
b) La definición de posición dominante	179
c) Posición dominante y competidores aparentes	180
d) Los indicios del abuso de posición	180
e) Los hechos relevantes del abuso	181
f) Los beneficios aparentes para otros competidores	181
g) Fidelización de la clientela y distorsión de la competencia	181

JURISPRUDENCIA

1. Liderazgo sin abuso de posición	182
2. Abuso de posición dominante	183
3. Abuso de posición dominante: reglas generales	184

E. EL ORDEN PÚBLICO COMO PRINCIPIO DE EQUILIBRIO DEL SISTEMA LEGAL

§ 21. La noción de orden público	185
a) Presentación	185
b) La equivalencia entre el orden público y las leyes imperativas	186

§ 22. El orden público y la libertad individual	188
a) Presentación	188
b) La dialéctica del orden público	189
§ 23. El orden público en el Código Civil y Comercial	190
a) Presentación	190
b) Análisis del art. 12 del Código Civil y Comercial	191
1. El fraude del art. 12	191
2. La integración del acto jurídico	192
JURISPRUDENCIA	
1. Orden público y derecho del consumidor. Seguros	193
2. Orden público y salud. Cobertura médica	193
3. Orden público contractual. Planes de ahorro	194
4. Orden público y relaciones de familia	194
5. Orden público e imperatividad normativa	194
6. Orden público económico. Intereses	195
7. Orden público y relaciones de consumo	196
8. Fraude. Derecho laboral. Prueba	196
9. Negocio en fraude a la ley	197
10. Fraude. Sociedad conyugal	197
11. Fraude. Derecho del consumidor	197
12. Actuación de oficio	197

F. LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS:
LA TRAMPA DE LA AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD

§ 24. La renuncia de los derechos y el orden público	198
a) Presentación	198
b) La renuncia de los derechos y la autonomía de la voluntad contrafáctica	199
§ 25. La renuncia en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial	200
a) Presentación	200
b) La renuncia como acto jurídico bilateral	202
c) Prohibición general	203
§ 26. La renuncia de derechos y la remisión de deudas en el Código Civil y Comercial	204
a) Presentación	204
b) Las reglas y los principios que rigen la renuncia	205
c) La renuncia en las relaciones de consumo	206
JURISPRUDENCIA	
1. Renuncia de derechos. Derecho del consumidor	206
2. Renuncia de derechos. Locación	208
3. Renuncia de derechos. Bancos	208
4. Irrenunciabilidad y orden público	208

G. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

§ 27. Los derechos colectivos en el ordenamiento nacional	209
a) Presentación	209
b) La raíz constitucional de los derechos colectivos	210
c) Reflexiones críticas	212
§ 28. Un nuevo sujeto de derecho	213
a) Presentación	213
b) Los nuevos derechos y las viejas normas	214
c) Los derechos colectivos y la voluntad individual	216
§ 29. La legitimación activa de los derechos colectivos	218
a) Presentación	218
b) La legitimación activa en el derecho positivo vigente	219
c) Las dificultades que plantea la legitimación activa en los derechos de incidencia colectiva	220

JURISPRUDENCIA

1. Legitimación activa. Procedencia de la acción de clase	224
2. Insignificancia del reclamo. Procedencia de la acción de clase	224
3. Aspecto colectivo del reclamo. Procedencia de la acción de clase	224
4. Posibilidad de no plegarse a la clase	225
5. Acciones colectivas. Audiencias	225
6. Notificación a cargo de la asociación. Gastos exorbitantes	225
7. Notificación a cargo de demandada	225
8. Falta de legitimación activa	226
9. Causa única de afectación. Procedencia de la acción de clase	226
10. Interés colectivo trascendente de la esfera individual	226
11. Requisitos de la legitimación	227
12. Sujetos legitimados	227
13. Prueba	227

H. LOS DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO

§ 30. El cuerpo humano en el Código Civil y Comercial	228
a) Presentación	228
b) Los aspectos relevantes de la cuestión: altruismo “versus” materialismo	229
c) El conflicto aparente que plantea el art. 17 del Código Civil y Comercial	231
d) La cosificación del cuerpo y la humanización de las cosas	232
e) El principio de la autodeterminación	235
1. Introducción	235
2. La muerte digna como derecho personalísimo	236
3. Los límites de la autodeterminación	239
f) La moral del consentimiento y el consentimiento de lo inmoral	241
1. Presentación del dilema	241
2. Nuestra conclusión	243
g) La intervención legislativa del Estado	244

§ 31. ¿Qué valor tiene el cuerpo humano?	245
a) Presentación	245
b) Lo sublime “versus” lo atroz	247
c) Evolución tecnológica y científica	250
d) Reflexiones críticas	251

JURISPRUDENCIA

1. Limitaciones a la autonomía de la voluntad	252
2. Principio de autodeterminación	252
3. Identidad sexual. Cambios registrales	253
4. Cambio de sexo. Obra social	254
5. Identidad sexual. Procreación asistida	254
6. Identidad sexual	254
7. Identidad biológica	255
8. Muerte digna	255
9. Muerte digna. Menor de edad	256
10. Muerte digna. Limitaciones	256

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

§ 32. El lento atardecer de la autonomía de la voluntad	257
a) La autonomía de la voluntad a lo largo del tiempo	257
b) Las nuevas tendencias doctrinarias: la constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes	258
c) La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica	259
d) La fragmentación del contrato en el Código Civil y Comercial	259
e) Los contratos conexos	261
f) La contratación remota y el consumo masivo	262
g) La libertad contractual en el derecho comparado	263
h) El Título Preliminar del Código Civil y Comercial	264
i) La reciente jurisprudencia nacional	264
j) Las bases filosóficas	265
k) Libertad “versus” determinismo	266
l) La búsqueda de ideas compatibles	267
m) La paradoja del injusto obligatorio	268

ANEXO

DERECHO COMPARADO

A. EL INTERVENCIONISMO LEGISLATIVO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS

§ 1. Las leyes tutelares en los sistemas legislativos extranjeros	271
a) El intervencionismo y las leyes protectorias	271

b) Las estipulaciones abusivas en Inglaterra	271
1. "Unfair Contract Terms Act", UK, 1977	271
2. La Sección 2ª	272
3. La Sección 3ª	272
4. La Sección 4ª	273
5. "Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations", UK, 1999	273
6. Cargas probatorias	275
7. Regla « <i>contra proferentem</i> »	275
8. "Consumer Rights Act", UK, 2015	275
c) Colombia, ley 1480, defensa del consumidor, 2011	275
d) Costa Rica, ley 7472, defensa del consumidor, 1995	277
e) Directrices de las Naciones Unidas	278
f) Directiva de la Unión Europea para la Protección de los Consumidores (2011)	279
g) Aspectos relevantes del derecho italiano	281
h) Aspectos relevantes del derecho español	283
1. Antecedentes	283
2. Noción de consumidor	283
3. Contrato a la distancia	284
4. Cláusulas abusivas. Integración del contrato	285
i) Conclusiones provisionarias	287

B. LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

§ 1. Una revista de fallos extranjeros	289
a) Presentación	289
b) Caso "Stilk v. Myrick", 1809. La autonomía de la voluntad al servicio del proveedor y no para beneficio de la parte débil del contrato	291
1. Presentación	291
2. Los hechos	291
3. Los argumentos relevantes del fallo	292
4. ¿Autonomía de la voluntad o posición dominante?	292
5. Reflexiones sobre el caso "Stilk"	293
6. La autonomía de la voluntad y la protección del débil	295
c) Caso "Raffles v. Wichelhaus", 1864. La interpretación contextual de los contratos	295
1. Presentación	295
2. Los contratos ambiguos	296
3. Las circunstancias externas al contrato	298
4. La interpretación de los contratos en el Código Civil y Comercial	298
d) Caso "Hurley v. Eddingfield", 1901. Libertad contractual "versus" derecho a la vida	299
1. Presentación	299
2. Los hechos	299
3. Los argumentos del fallo	300
e) Caso "Lochner v. New York", 1905. La libertad de comprar y vender horas de trabajo	301
1. Presentación	301
2. El equilibrio entre la libertad contractual y el intervencionismo estatal	302

3. El voto del juez Peckham	303
4. La autonomía de la voluntad legaliza la renuncia de derechos	304
5. El disenso del juez Holmes	305
f) Caso "West Coast Hotel Company v. Parrish", CS, 1937. Las primeras limitaciones jurisprudenciales a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad	307
1. Presentación	307
2. La constitucionalidad del salario mínimo	307
3. Los fundamentos de la Corte	308
4. Reflexiones finales	310
g) Caso "Thompson v. London, Midland and Scotland Railway Co.", 1930. El deber de información formal pero no real	311
1. Presentación	311
2. La cuestión a resolver	312
3. Los fundamentos del fallo	312
4. Reflexiones finales	313
h) Caso "L'Estrange v. F. Graucob Ltd.", 1934. La libertad contractual para no garantizar los contratos	314
1. Presentación y descripción de los hechos	314
2. Los fundamentos del fallo	315
I. La firma del contrato equivale a la voluntad de los contratantes	315
II. Los derechos de la señora L'Estrange	315
III. La disidencia del juez Maugham	316
i) Caso "Canadá Steamship Lines Ltd. v. R.", 1952. La autonomía de la voluntad no legitima las cláusulas abusivas	317
1. Presentación	317
2. Los hechos	317
3. Las limitaciones de la responsabilidad: la cláusula 7ª del contrato	318
4. El evento dañoso	319
5. Límites a la autonomía de la voluntad	320
j) Caso "George Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.". Restringir la libertad contractual para aumentar los derechos individuales, 1983	320
1. Presentación	320
2. Los hechos	321
3. Los dilemas propuestos en el fallo	321
k) La autonomía de la voluntad en los tiempos de la tecla "enter"	322
1. Presentación	322
2. "The shrink wrap license"	324
l) Caso "ProCD, Inc. v. Zeidenberg", 1996. Los contratos empaquetados	325
1. Presentación y descripción de los hechos	325
2. El fallo de primera instancia	325
3. La resolución del tribunal de alzada	326
4. La aceptación del contrato en tiempos diferidos	327
5. La solución del caso "Zeidenberg" en la legislación argentina	329
6. Reflexiones finales	329

ÍNDICE GENERAL

23

<i>m)</i> Caso "Specht v. Netscape", 2002. Los contratos que primero se consienten y luego se leen	330
1. Presentación	330
2. Los dilemas propuestos por la jueza Sonia Sotomayor	331
3. Las cláusulas escondidas	332
4. La conclusión	332
5. La solución del caso en la Argentina	332

BIBLIOGRAFÍA GENERAL	335
-----------------------------------	-----