

LOS CONTRATOS DE OBRAS Y SERVICIOS COMO CONTRATOS PARITARIOS, DE CONSUMO Y DE ADHESIÓN

Por Mariela Alejandra Oziomek¹

Fecha de recepción: 31 de julio de 2019

Fecha de aprobación: 11 de septiembre de 2019

Resumen

El Código Civil y Comercial regula los contratos de obra y servicios, proporcionando pautas interpretativas para diferenciar una categoría contractual de otra.

En los contratos de obra la obligación del contratista es siempre de resultado, y su responsabilidad será objetiva. Sin embargo, en los contratos de servicios, como regla general, la obligación asumida por el contratista es de medios y su responsabilidad será subjetiva, excepto que se haya comprometido a la obtención de un resultado específico.

Por otro lado, Código Civil y Comercial elabora una teoría general de contratos que comprende los contratos que denominamos paritarios celebrados en iguales condiciones de contratación y negociación de ambas partes contratantes, los contratos de consumo, y los contratos celebrados mediante adhesión por una parte a cláusulas generales predispuestas redactadas por otra de las partes contratante.

¹ Abogada por la Universidad Católica de Santa Fe. Doctoranda en Derecho con Orientación en Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

Los contratos de obra y servicio podrán ser celebrados en cualquiera de dichas modalidades, y será de suma importancia determinar a qué categoría contractual acceden, ya que si se trata de contratos paritarios regirá la plena autonomía de la voluntad con los límites que dispone el Código. Sin embargo, si se trata de contratos celebrados por adhesión o de consumo se activará el principio protectorio, limitando la autonomía de la voluntad de las partes en aras de alcanzar la equidad contractual.

Abstract

The Civil and Commercial Code regulates construction and service contracts, providing interpretative guidelines to differentiate one contractual type from another.

Under construction contracts, contractor takes over obligations of result, hence strict liability shall apply. However, under service contracts, as a general rule the obligation assumed by contractor is an obligation of means and its responsibility will be subjective, unless contractor has committed to obtain a specific result.

On the other hand, Civil and Commercial Code provides a general contract theory that includes contracts concluded under fair and equitable contracting and negotiating conditions between contracting parties.

The work and service contracts may be concluded in any of these modalities, and it will be of utmost importance to determine which contractual category they access, since if they are joint contracts, the full autonomy of the will will govern with the limits provided by the Code. However, in the case of contracts entered into by membership or consumption, the protective principle will be activated, limiting the autonomy of the will of the parties in order to achieve contractual equity.

Resumo

O Código Civil e Comercial regula contratos de trabalho e serviços, fornecendo diretrizes interpretativas para diferenciar uma categoria contratual de outra.

Nos contratos de trabalho, a obrigação do contratante é sempre resultado, e sua responsabilidade será objetiva. No entanto, nos contratos de serviço, como regra geral, a obrigação assumida pelo contratado é de meios e sua responsabilidade será subjetiva, a menos que tenha sido comprometido em obter um resultado específico.

Por outro lado, o Código Civil e Comercial elabora uma teoria geral dos contratos que inclui os contratos que denominamos joint ventures concluídos em igualdade de condições de contratação e negociação de ambas as partes contratantes, contratos de consumo e contratos concluídos por adesão de uma parte às cláusulas gerais predispostos escritos por outra das partes contratantes.

Os contratos de trabalho e serviço podem ser celebrados em qualquer uma dessas modalidades, e será de extrema importância determinar qual categoria contratual eles acessam, uma vez que, no caso de contratos conjuntos, a plena autonomia da vontade regerá os limites estabelecidos pelo Código. No entanto, no caso de contratos firmados por associação ou consumo, o princípio de proteção será ativado, limitando a autonomia da vontade das partes para alcançar a equidade contratual.

Palabras clave

Contratos de obra y servicio, contratos de adhesión, contratos de consumo.

Keywords

Contraction and service contracts, contracts of adhesion, consumer contracts.

Palavras chave

Contratos de trabalho e serviço, contratos de adesão, contratos de consumo.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante CCyC- distingue entre los contratos de obra y de servicios proporcionando pautas interpretativas para diferenciarlos (artículo 1252).

En este sentido, se ha dicho que el CCyC contiene una regulación apropiada para la economía de servicios que no existía en la época de la codificación ya que se encontraba basada únicamente en el intercambio de cosas. Asimismo, el CCyC vinculó las obligaciones de hacer, contempladas en los artículos 773 y siguientes, con los contratos de servicios, regulados en los artículos 1251 y siguientes (Lorenzetti, 2014, p. 765).

El CCyC elabora una teoría general de contratos que comprende: 1) los contratos que denominamos “paritarios”, por ser celebrados en iguales condiciones de contratación y negociación de ambas partes contratantes; 2) los contratos de consumo; y 3) los contratos celebrados mediante adhesión por una parte a cláusulas generales predispuestas redactadas por una de las partes contratante.

Por lo tanto, con el presente trabajo a través del método hipotético deductivo y el análisis bibliográfico y jurisprudencial de mayor relevancia en la materia

pretendemos determinar si en los supuestos de contratos especiales es celebrado entre iguales (Título II del CCyC), si hay adhesión (Título II, capítulo 3, sección 2 del CCyC) o si es de consumo (Título III del CCyC).

2. Contrato de obra y servicio

2.1 Generalidades

En primer lugar, nos parece oportuno resaltar algunas de las grandes diferencias que existen en el CCyC respecto a la regulación de los contratos de obras y servicios en relación con el Código Civil de Vélez.

El Código Civil de Vélez había destinado a la contratación de servicios únicamente seis artículos (arts. 1623 al 1628), lo que sumado a la escasa regulación de las obligaciones de hacer –que constaba de solo siete artículos (arts. 625 a 631)- a nuestro entender exhibía una insuficiente regulación de tales contratos para dar solución a las innumerables cuestiones que se suscitaban en torno a ellos.

En el CCyC lo primero que puede advertirse es el cambio de nombre del contrato y de sus partes. Así, en lugar de “locación de obra” se lo denomina “contrato de obra”, y en lugar de locatario y locador, se habla de “comitente” y “contratista”. En este sentido, podemos decir que el CCyC utiliza terminología más moderna.

El CCyC distingue los contratos de obra y de servicios en el artículo 1252, proporcionando pautas interpretativas para diferenciarlos. Asimismo, se individualizan sus elementos esenciales particulares a fin de posibilitar su adecuada calificación. Ello es así ya que, en palabras de Nicolau (2009), la teoría del contrato admite junto con otros elementos esenciales generales, otros propios de cada figura contractual que permiten diferenciarlos entre sí (p.49).

En este sentido, el Código dispone que hay contrato de obra o de servicio cuando una persona -contratista o prestador de servicios- independientemente se obliga a favor de otra -comitente- a realizar una obra material o intelectual o proveer un servicio mediante una retribución.

Asimismo, tal como mencionamos, proporciona una distinción entre los contratos de obra y de servicios estableciendo que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia -obligación de medios-. Y, por el contrario, se considerará contrato de obra cuando se compromete a un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega -obligación de resultado-.

En adición, el Código dispone que cuando los servicios sean prestados en relación de dependencia, la relación será regida por el derecho laboral. Es decir, que se excluye de la aplicación de las normativas de contrato de obras y servicios a aquellos que sean prestados bajo relación de dependencia.

La distinción del contrato de trabajo con el contrato de prestación de servicios reside en la acreditación de la subordinación jurídica a cuya demostración se supedita la exclusión de la regulación propia del ordenamiento civil.

En relación con esto, es importante mencionar que el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo presume la existencia de un contrato de estas características por el solo hecho de la prestación de servicios, siendo éste un principio fundamental del derecho laboral, salvo prueba en contrario. Es decir que se trata de una presunción *iuris tantum*, quedando a la parte interesada -empleador- demostrar que ello no era así.

Para que opere esta presunción será necesario que los servicios a los que se refiere sean de índole dependiente aun cuando se utilicen figuras no laborales, y en tanto que por las circunstancias no sea dable calificar de empresario a quien presta el servicio.

2.2 Características

Los artículos 1251 y 1252 establecen los elementos tipificantes de los contratos de obra y servicio, esto es: 1) la ejecución autónoma o independiente de una obra -material o intelectual- o de un servicio o actividad; y 2) el pago de una retribución. Sobre esto último es necesario hacer una aclaración, ya que el CCyC permite por excepción que el contrato sea gratuito "...si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar".

Estimamos que la gratuidad se refiere a los contratos de servicios especialmente, ya que los contratos de obra implican asumir riesgos y responsabilidades que difícilmente puedan ser tomados sin recibir compensación alguna por ello.

Es importante destacar que respecto a la posibilidad de gratuidad por excepción se mantiene la fórmula del artículo 1628 del Código Civil derogado.

3. Distinción entre contrato de obra y de servicios

Estimamos importante abordar este punto ya que existe una gran dificultad en la doctrina y jurisprudencia para interpretar cuándo hay una obra y cuándo un servicio, con consecuencias importantes en varios casos.

Lorenzetti (2014) enseña que en relación con los contratos de obra se propone como pauta diferenciadora el hecho de que la actividad prometida comprenda o no a un resultado que puede reproducirse o ser susceptible de entrega. En este sentido, el *opus* califica a actividad del contratista, que debe expresarse en el resultado eficaz comprometido. Sin embargo, expresa este autor que en los contratos de servicios la mera actividad del contratista caracteriza el débito del prestador (Lorenzetti, 2014, p. 771).

Respecto a lo señalado anteriormente consideramos pertinente hacer mención a las dos tesis que diferencian el contrato de trabajo, el contrato de obra y el contrato de servicio (Lorenzetti, 2003, p. 13).

Según la tesis tripartita -Rezzonico, Mosset Iturraspe- existirían tres tipos de contratos distintos: el contrato de trabajo, la locación de obras y la de servicios. La distinción entre la locación de obras y la de servicios radicaría en la obligación de medios -para servicios- o de resultados -para obras- (Lorenzetti, 2003). Así, "...en el primero (locación de obra) el locador se obliga a obtener un resultado mientras que, en el segundo (locación de servicios), quien está encargado de prestarlo se compromete solamente a poner su diligencia, su fuerza de trabajo" (Lorenzetti, 2003, p. 14).

Según esta tesis tripartita, la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de trabajo radica en que en este último se observa una dependencia técnica, económica y jurídica del trabajador.

Por otro lado, la tesis bipartita -Spota, Borda-, sostenía la existencia de un modelo bipartito: el contrato de trabajo -regulado por la Ley de Contrato de Trabajo- y los contratos de empresas, que engloba al contrato de obras y de servicios. No obstante, según esta tesis, el contrato de servicios había desaparecido o perdido su razón de ser, frente a la regulación de la ley de contrato de trabajo (Lorenzetti, 2003, p. 15).

Para esta tesis, la distinción entre el contrato de trabajo y el de servicios se encuentra en la relación de dependencia, la que en el contrato de trabajo estaría presente en dos de sus facetas: la jurídica y la económica, mientras que en el contrato de servicios solo se observaría una dependencia jurídica. En este sentido, se resalta que, la subordinación jurídica es un elemento tipificante del contrato de servicio, que sirve para distinguirlo del contrato de obra en donde hay plena autonomía o autodeterminación (Lorenzetti, 2003, p. 15).

Conforme a lo expresado, consideramos que el CCyC recepta la tesis tripartita, y pone énfasis en la diferenciación de los contratos prestados por cuenta propia y entre sujetos autónomos e independientes. Esto asimismo se encuentra en concordancia con los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde se reafirma la vigencia del contrato de servicios y se rechaza la aplicación del derecho laboral ("Cairone, Mirta G. y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires-Hospital Italiano s/ despido"; "Rica, Carlos M. c. Hospital Alemán y otros s/ despido").

4. Regulación de las obligaciones de hacer

El artículo 773 establece dos modalidades de la obligación de hacer: la prestación de servicio y la ejecución de un hecho, lo que se traduce en dos modalidades contractuales: los contratos de servicios y los contratos de obras que tratamos en este trabajo.

El servicio es una actividad intangible que se agota con el consumo inicial y desaparece. El servicio no se traduce en "dar una cosa" y si bien puede haberlas, éstas son accesorias o instrumentales al servicio. Sin embargo, la obra es un resultado reproducible de esa actividad y susceptible de entrega, en donde se observa una combinación de actividad y su resultado, ambas de igual importancia (Lorenzetti, 2014 B, p. 165).

En relación con la responsabilidad de cada modalidad contractual decimos que en los servicios la responsabilidad puede ser subjetiva u objetiva, dependiendo de los alcances de las obligaciones del deudor, mientras que en los contratos de obras la responsabilidad es sólo objetiva.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, en lo referente a los contratos de obras y servicios, la Comisión redactora dijo que "...un servicio es un hacer con un valor específico y no un dar. Desde el punto de vista

económico, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto”. En este sentido, expresa Lorenzetti (2014, B) que cuando existan bienes involucrados que deban fabricarse o entregarse, ello no quita a los servicios la calidad de tal, ya que esta entrega no tiene la intensidad cualitativa que tienen en la obra (p. 167).

Conforme a lo desarrollado anteriormente consideramos de suma importancia mencionar lo dispuesto en el artículo 774 del CCyC, cuya denominación es “prestación de un servicio”, y expresa que la prestación de un servicio puede consistir en a) realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; b) procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor un resultado eficaz prometido.

En primer lugar, consideramos que la denominación de este artículo es errónea y puede acarrear aún mayores dificultades de las que actualmente se presentan para delimitar la distinción entre el contrato de obra y el de servicios.

Ello es así puesto que, en rigor de verdad, el artículo de mención regula tanto sobre los servicios como sobre las obras, tal como lo explicaremos en líneas siguientes.

En el inciso a) de dicho artículo es aplicable a los servicios, ya que se establece una obligación de medios del deudor, únicamente aplicable a los servicios.

Respecto del inciso b), y siguiendo a Lorenzetti (2014 B) consideramos es aplicable a los servicios, aunque el factor de atribución sea objetivo -obligación de resultados-. Esto es así puesto que el artículo 1252 dispone que en caso de duda sobre la calificación del contrato -obras o servicios- se entiende que hay contrato de servicios cuando se deba realizar una actividad independiente de su eficacia, y obra cuando se promete un resultado eficaz (p. 168).

Por otro lado, el inciso c) es aplicable a los contratos de obras ya que hace mención al resultado eficaz -obligación de resultados-. En relación con ello es dable

mencionar que el artículo 1723 del CCyC dispone que la responsabilidad del deudor es objetiva cuando de las circunstancias de la obligación o de lo pactado entre las partes, surja que el deudor debe obtener un resultado determinado.

Conforme lo expresa Rivera (2012) la distinción contenida en el artículo 774 tiene suma importancia para delimitar los contratos de servicios y obras. Tratándose de obligaciones de resultado, en cualquiera de sus posibles manifestaciones, la responsabilidad del deudor será objetiva (p. 542).

No obstante, y conforme a lo anteriormente explicado, consideramos que la denominación del artículo que comentamos es errónea y puede acarrear mayores confusiones respecto a las fronteras conceptuales entre los contratos que analizamos.

5. Algunas cuestiones particulares reguladas en el contrato de obra y servicios

5. 1 El precio

El precio es la contraprestación a cargo del comitente que, generalmente, se encuentra pactada en el contrato, constituyéndose en un elemento de calificación del negocio. Si no hay retribución pactada en el contrato pero puede determinarse por criterios supletorios como la ley o los usos el contrato será válido. Por último, si existiera desacuerdo entre las partes puede recurrirse al juez.

Lo relativo a la determinación del precio en los contratos de obras y servicios se encuentra regulado en el artículo 1255 del CCyC.

Dicha norma establece pautas generales sobre la fijación del precio. En este sentido, dispone que el precio se determina por el contrato, la ley, los usos, o en su defecto por decisión judicial. Es decir que como principio general se establece que son las partes quienes acuerdan la retribución, y en caso de ausencia de ella, se

determinará por el juez, para lo cual atenderá a la ley, los usos y a todo otro criterio que le posibilite determinar la compensación conforme al servicio prestado.

La norma luego presta particular atención a los criterios de fijación judicial, influenciados por las leyes arancelarias y la equidad. Asimismo, estipula límites a la revisión del pacto retributivo en caso de servicios u obras contratadas por un precio global o por unidad de medida, salvo en caso de que medie imprevisión.

En este sentido, la norma permite al juez morigerar la incidencia de las leyes arancelarias locales para determinar el precio de la obra, atendiendo a la labor cumplida por el prestador. Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución.

Asimismo, se establece que si la obra o el servicio se ha contratado por un precio global o por una unidad de medida ninguna de las partes puede pretender la modificación del precio total o de la unidad de medida, respectivamente, con fundamento en que la obra, el servicio o la unidad exige menos o más trabajo o que su costo es menor o mayor al previsto, excepto lo dispuesto en el artículo 1091 del CCyC. Es decir que se imposibilita a ambas partes de exigir el cambio de precio, salvo que sea aplicable la teoría de la imprevisión

5.2 Desistimiento unilateral y variaciones del proyecto convenido

El CCyC admite que el comitente desista unilateralmente del contrato por su sola voluntad aun cuando la obra ya haya comenzado.

Respecto a ese punto consideramos que su aplicación no conlleva a una injusticia, ya que el CCyC establece que se deberá indemnizar al prestador por todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener.

En este sentido, consideramos que dentro de “gastos” se encuentran también aquellos contratos eventualmente celebrados con subcontratistas para la ejecución

de la obra en cuestión que, conforme a la rescisión unilateral decidida por el comitente, deberán ser asimismo rescindidos, generando posibles costos adicionales para el comitente.

Consideramos que quizás hubiera sido loable agregar en este artículo un plazo mínimo de antelación con el que se deba notificar al contratista del disenso en orden a tener previsibilidad.

No obstante, creemos que el punto mencionado precedentemente quedaría cubierto por el principio general de buena fe (artículo 961). Así, la buena fe se erige, en el CCyC, en un principio clave, aplicable en general a todo ejercicio de los derechos (artículo 9) y, muy especialmente, a los contratos.

La norma también faculta al juez a reducir equitativamente la utilidad a reconocer al contratista si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia.

Por otro lado, el CCyC regula aquellas variaciones necesarias del proyecto de obra que no estuvieron previstas en el contrato original, pero que son necesarias de acuerdo a las reglas del arte.

Asimismo, se prevé que el contratista debe informar de la necesidad y el costo estimado al dueño de la obra, y si las mismas implican un costo superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguir el contrato comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de modificación y su costo estimado.

También se prevé la posibilidad de que el comitente varíe el proyecto siempre que el mismo no implique un cambio en la naturaleza de la obra en sí misma.

6. Contratos de obra y servicio desde la perspectiva de los contratos de adhesión y de consumo

Para comprender debidamente los efectos de los contratos de obras y servicios, estimamos relevante atender a la categoría contractual a la que el negocio adscribe en concreto.

6.1 Contrato de obra y servicio paritario

El contrato de obras y servicios podrá ser paritario cuando haya iguales posibilidades de negociación entre las partes. En este sentido, cualquiera de las partes podrá proponer cambios en las cláusulas contractuales con la misma libertad que podría hacerlo la otra parte. El contrato en estos casos estará regulado por lo dispuesto en los artículos 957 a 965 del CCyC.

En el artículo 958 se regula la libertad de contratación, en tanto libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. Esta norma se deriva del principio general de autonomía de la voluntad que se encontraba plasmado en el artículo 1197 del Código Civil de Vélez toda vez que permitía a las partes contratantes regular situaciones jurídicas y obligaba a ajustarse a ellas, como si la misma ley las hubiese dispuesto.

En el artículo mencionado precedentemente se dispone como único límite a la autonomía de la voluntad a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, sin dejar de reconocer en su esencia a la libertad de contratación.

Se recepta la libertad de elección del contratante -de conclusión- y la libertad de determinar el contenido del contrato -libertad de configuración-.

Respecto del efecto vinculante de las contrataciones, surge del artículo 959 del CCyC que las partes pueden modificar su contenido o extinguir el contrato por acuerdo de ambos o en los supuestos que la misma legislación así lo prevé.

En este sentido, y conforme lo dispone el artículo 960 del CCyC, el efecto vinculante de los contratos puede dejarse sin efecto en los supuestos que la ley lo dispone, y de la misma manera, los jueces pueden modificar las cláusulas contractuales a pedido de parte, cuando la ley lo autoriza o de oficio en caso de que el orden público se vea afectado.

Estimamos que la finalidad de la norma mencionada precedentemente es dar mayor claridad a la cuestión fijando un principio general que inhibe a los jueces para intervenir en los términos del contrato, reforzando así la autonomía de la voluntad. No obstante, el juez podrá intervenir a los efectos de paliar situaciones disvaliosas, de abusos o desigualdades entre las partes y la fuerza de negociación de los términos contractuales (Bueres, 2015, p. 557).

6.2 Contratos de obras y servicios celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

El contrato de obra y servicio podrá ser celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas, cuando una de las partes deba adherir a las cláusulas pre-redactadas unilateralmente por la otra parte sin que el adherente haya participado en su redacción.

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituyen un tipo contractual general, sino una modalidad del consentimiento. En este sentido, en los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial, se expresa que en los contratos celebrados por adhesión hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo.

El orden público jurídico comprende la libertad e igualdad jurídica pero además existe el orden público económico que tiene por objeto impedir el desequilibrio económico y social (Spota, 2009, p. 66).

En la definición de contrato celebrado por adhesión está presente lo que nuestra doctrina y nuestro legislador entienden que es la nota típica del contrato de adhesión: su falta de negociación bilateral.

En este sentido, en la exposición de motivos, la Comisión redactora del Código Civil y Comercial consolida este criterio: “El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere” (Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina, 2015, p. 292).

Según Stiglitz (2013):

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquél en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que, si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual (p. 57).

En resumidas cuentas, se trata de acuerdos en los cuales una de las partes propone el contenido del negocio jurídico y la otra lo acepta sin que exista una negociación previa. Desde luego, quien predispone el contenido lo hace en función de su mayor capacidad para imponer condiciones. Y, como bien señala Stiglitz (2013) esa mayor fortaleza de una de las partes debilita la autonomía de la voluntad del adherente al acuerdo.

Es decir que los contratos de adhesión se desarrollan por afuera de la regla de la autonomía de la voluntad que tradicionalmente conocemos, circunstancia que los convierte en tipos contractuales divergentes y antagónicos del contrato clásico.

En cuanto a los requisitos de los contratos celebrados por cláusulas generales predisuestas, el artículo 985 dispone que:

Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tiene por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

Así, se destaca la legibilidad, claridad y competitividad de las cláusulas generales. Por ello aquellas que contienen restricciones dirigidas al adherente deben ser destacadas del contenido del contrato.

El contrato de adhesión es un documento completo, terminado y autónomo en el cual el adherente no puede negociar o discutir ninguna condición esencial del negocio. Por ese motivo es indispensable que el contenido del contrato esté redactado en términos que sean comprensibles y que no remitan a otro documento.

El predisponente tiene la obligación de redactar cláusulas claras inequívocas para ser entendidas por sí por el adherente. Por ello el texto redactado debe tener un sentido objetivo según el uso idiomático común o del comercio. Se declaran no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente (Von Thur, 1947, p. 93).

Los contratos de adhesión no dejan de ser considerados tales por el hecho de tener algunas cláusulas particulares que sean negociadas por el adherente y cuya característica es que limitan, amplían, suprimen o interpretan a una cláusula general.

En este sentido, el artículo 986 dispone que: “Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En tales contratos, además, las cláusulas particulares, esto es, las negociadas individualmente que amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general, prevalecen sobre las condiciones o cláusulas generales (art. 986). Por ejemplo, cuando a los formularios impresos se añaden cláusulas particulares escritas o mecanografiadas.

En los contratos celebrados por adhesión, el artículo 987 recepta el principio de la llamada interpretación "*contra proferentem*" o "*contra stipulatorem*". Esta regla actúa cuando una cláusula está redactada en una forma ambigua que permite una interpretación dudosa. En tal caso, la cláusula se interpreta en el sentido menos favorable a quien predispuso la cláusula.

Tal como expresa Stiglitz (2013):

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura, sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos (p. 55)

Así, se recepta la regla "*contra proferentem*" que importa la aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

En este sentido, consideramos acertado por el legislador la inclusión de dicho principio interpretativo que ya se encontraba regulado en el artículo 37 de la Ley de Defensa al Consumidor.

No obstante, y bajo el entendimiento de que un contrato puede ser celebrado por adhesión y no por ello ser también de consumo, estimamos que hubiera sido conveniente incorporar este principio interpretativo en la parte general de los contratos. Ello, a los efectos de que dicho principio sea aplicable también a aquellos contratos que, si bien no son celebrados por adhesión, porque hay alguna

negociación entre las partes -contratos paritarios- alguna de las partes redacta o “propone” las cláusulas contractuales, las que luego serán negociadas entre las partes.

Consideramos correcto que cuando el contrato es predispuesto por alguna de las partes, sin importar su posterior negociación, el riesgo contractual debería ser asumido por el predisponente, atribuyéndosele responsabilidad cuando la cláusula predispuesta es ambigua.

Continuando, la formación del contrato predispuesto, preelaborado unilateralmente por el predisponente no permite acudir al criterio subjetivo e indagar la intención común de los contratantes al formalizar el contrato.

Por ello la jurisprudencia tiene expresado que la directiva de interpretación es la de acudir a criterios objetivos y con extremado rigor, ya que el predisponente reserva para sí la creación del texto contractual, lo debe hacer en forma tal que el destinatario -adherente- comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio (CNCom, 15/04/1993, “Odriozola, B. c. Optar S.A.”).

6.3 Contrato de obra y servicio de consumo

El contrato de obra y servicio podrá ser considerado de consumo, activando así el principio protectorio si en él existe una relación de consumo, esto es, el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, en la cual los bienes y/o servicios adquiridos son destinados al consumo final. Consideramos que esto último, es decir, el consumo final es lo que caracteriza al contrato de consumo.

En relación con esto, el artículo 1093 del CCyC dispone que:

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o

servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

El consumidor es la persona individual o jurídica ubicada al concluir el circuito económico, debido a que pone fin a la vida económica del bien o servicio. Quedan excluidos del concepto el consumidor el comerciante, artesano y/o profesional, debido a que se encuentran en el mercado en un nivel semejante al del fabricante.

En los contratos de obra y servicio que se observe una relación de consumo, las normas que regulen esta relación deberán ser interpretadas en base al principio de protección al consumidor y el acceso al consumo sustentable (artículo 1094 CCyC)

Con relación a la interpretación restrictiva, el artículo 1062 preceptúa que:

Quando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo respectivamente.

El fundamento de la norma con relación a los adherentes y consumidores se justifica porque al tiempo de la conclusión del contrato, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones del proveedor, atendiendo a la naturaleza del vínculo.

Una cláusula contractual es abusiva cuando causa un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. El desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor provoca el perjuicio económico del consumidor.

En este sentido, es que desde el nacimiento del contrato las partes confían recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, debe existir equivalencia y reciprocidad. En los contratos de consumo, el perjuicio al consumidor desnaturaliza la relación de equivalencia.

Respecto a las cláusulas abusivas, el artículo 1122 prescribe el control judicial de dichas cláusulas, resaltando algunas reglas como lo son:

- la aprobación administrativa no obsta el control de las mismas;
- las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- se contempla la integración del contrato en caso de que alguna cláusula sea declarada nula.

7. Conclusión

Conforme al desarrollo del trabajo realizado decimos que al momento de analizar los contratos de obra y servicio será siempre necesario realizar tres tipos de análisis que exponemos a continuación.

En primer lugar, será necesario determinar si se trata de un vínculo autónomo o dependiente, para lo cual aplicarán los criterios de la ley laboral conforme lo establece el artículo 1252 del CCyC y artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En segundo lugar, será necesario determinar si se trata de un contrato discrecional (artículos 957 y ss), de consumo (artículo 1092) o un contrato celebrado por adhesión, porque serán de aplicación distintas normativas. Así, en los contratos discrecionales regirá la plena autonomía de la voluntad de las partes, con los únicos límites que establece la ley. Sin embargo, si el contrato es de consumo o celebrado por adhesión, el mismo dará lugar a la activación de principio protectorio, limitando la autonomía de la voluntad de las partes con miras a alcanzar la equidad, o reestablecerla.

Luego de realizar el análisis indicado habrá que determinar si se trata de un contrato de obra o de servicios, teniendo en cuenta que en el servicio lo que caracteriza el débito es la mera ejecución de lo convenido, y en aquellos casos en los que se entregue una cosa la misma será siempre accesoria al servicio. Sin embargo, la obra consiste en la promesa de un resultado eficaz reproducible o susceptible de entrega (artículo 1252).

Será necesario dilucidar lo anteriormente expuesto puesto que en los contratos de obra la obligación del contratista es siempre de resultado y su responsabilidad será objetiva. Sin embargo, en los contratos de servicios, como regla general, la obligación asumida por el contratista es de medios y su responsabilidad será subjetiva, excepto que se haya comprometido a la obtención de un resultado específico.

Conforme a lo precedentemente señalado y al trabajo elaborado, procedimos a contrastar la hipótesis y abordamos a la conclusión, aunque sin pretender que la misma sea definitiva, de que los contratos de obras y servicios admiten las dos categorías de contratos regulados en el CCyC -discrecional y de consumo- y una modalidad de celebración: por adhesión a cláusulas generales predisuestas.

Con la presente investigación se pretende brindar un aporte al campo del derecho que permita contar con algunas directrices para los profesionales del derecho al momento de diferenciar los contratos de obras y de servicios, así como también verificar a qué categoría contractual o modalidad del consentimiento para el caso de los contratos de adhesión, adscriben.

8. Bibliografía y fuentes de información

8.1 Bibliografía

Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado* (T. 1). Buenos Aires: Hammurabi.

Lorenzetti, R. (2003). *Contratos: Parte especial* (T. 2). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. (dir.), De Lorenzo, M. (coord.), y Lorenzetti, P. (coord.). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T 6). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. (dir.), De Lorenzo, M. (coord.), y Lorenzetti, P. (coord.). (2014 B). *Código Civil y Comercial de la Nación: comentado* (T. 5). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Nicolau, N. (2009). *Fundamentos del Derecho Contractual* (T. 1). Buenos Aires: La Ley.

Rivera, J. (dir.), y Medina, G. (coord.). (2012). *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Spota, A., y Leiva Fernández, L. (2009). *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. (T.1). Buenos Aires: La Ley.

Stiglitz, R. (2013). El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Privado*, 4(2), 55-77.

Von Thur, A. (1947). *Teoría General del Derecho civil alemán* (Vol. II). Buenos Aires: Depalma.

Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., y otros. (2015). *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.

8.2 Fuentes de Información

CNCom., sala B, 15/04/1993, "Odriozola, B. c. Optar S.A.". JA 1994(II), 375.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

CS, 19/02/2015, "Cairone, Mirta G. y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires-Hospital Italiano s/ despido".

CS, 24/04/2018. "Rica, Carlos M. c. Hospital Alemán y otros s/ despido". *LLOnline* AR/JUR/8613/2018

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperados de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, actualizada. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>