

EL PRECIO DE LA LOCACIÓN DE SERVICIOS

JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL ARTICULO 1627 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Por

TEÓFILO MEJALELATY

Si bien el precio es un elemento esencial en el contrato de locación de servicios, como para la locación en general lo establece el art. 1493 del Cód. Civ., la ley suple la voluntad de las partes, cuando éstas han omitido su determinación o dejado de fijar elementos suficientes que la posibilitem, entendiéndose en tal caso "que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros" (art. 1627 Cód. Civ.).

Si los contratantes fijan el precio, rige entre ellos soberana dicha convención, que "forma para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (art. 1197 Cód. Civ.). Salvo, exceptúa el caso en que la voluntad de una de las partes estuviere viciada¹; por reputar conocida la teoría general del acto jurídico, evitaremos esas remisiones, que pueden considerarse redundantes. El contrato, como acto jurídico bilateral, en el sentido del art. 946 del Cód. Civ., está evidentemente sujeto a todas las disposiciones que para el acto jurídico en general se establecen. Queremos igualmente dejar señalado, que en nuestro entender, resultan en general aplicables las consideraciones que aquí hacemos, a la locación d obra, en hipótesis semejante².

El tan manido principio de diferenciación entre ambos contratos, según el cual en uno el precio es proporcional al tiempo empleado y en el otro es de acuerdo al resultado obtenido, no impide que en lo que se refiere a la fijación del precio, cuando no fue determinado, se apliquen las mismas reglas; como bien dice

¹ SALVAT, RAYMOND, *Treatado de Derecho Civil Argentino*, - Fuentes de las obligaciones, Buenos Aires, 1941, 4ª edición, nº 1157, p. 308.

² La Cámara Comercial de la Capital, 16/11/244, G. F. 173-428, sostuvo que: ante la falta de antecedentes que permitan inferir la voluntad de las partes con relación al monto del precio estipulado en el contrato de construcción de obra, es aplicable el principio que consagra el art. 1627 del Cód. Civ. (Voto del Dr. Rodríguez Rivas, Adhirieron, Williams y Bouquet.)

Spota³, es el trabajo el que está principalmente en juego, aun cuando en uno se lo aprehende sólo desde el punto de vista del resultado a alcanzar, es decir, de la obra, y en el otro se considera "en sí, como fuerza intelectual o materia humana, aunque dirigida en pos de un resultado.

A) *Importancia del art. 1627 del Cód. Civil como regla de excepción. Su fundamento jurídico económico.*

El fundamento jurídico-económico de la regla de excepción que establece el último apartado del art. 1627 del C.C.A., es el que puede darnos la medida de la importancia jurídica, a la vez que económica, que tiene dicho precepto. Él, permite soluciones equitativas, cuando la imprevisión, el decoro de la profesión o la costumbre, impiden en la celebración de este contrato, la fijación del precio de los servicios a prestar, evitando así, un enriquecimiento sin causa por parte del locatario, o como nos enseñara el profesor, doctor M. A. Risolía, sin justificación, ya que causa siempre hay. Ese es precisamente el sentido de la paradoja. La norma básica que informa este precepto es la equidad, merced a una interpretación de la acción humana, según la cual ésta siempre aparece impulsada por un interés, que en el plano de las relaciones económicas es justamente de ese orden: económico. Esta interpretación surge en el artículo que analizamos, como una presunción derivada de una doble hipótesis: que el servicio prestado sea de la profesión, o modo de vivir del que lo presta.

El art. 1483 del Cód. Civ., como ya lo señaláramos, al definir la locación en general, triplemente hipotética, establece el precio, como un elemento que hace a la esencia del contrato. Sin precio, como sin objeto o sin consentimiento no tendría existencia este acto jurídico perfecto que es el contrato: en el supuesto, de locación de servicios. Sin embargo, como dice un autor⁴, las leyes han consagrado una excepción a este principio, permitiendo locaciones de servicio sin precio convenido por las partes, pero para ello, según el mencionado autor, "ha sido necesario romper el molde clásico de la contratación destruyendo su base esencial: el consentimiento. No creemos que la cosa sea tan trágica; no se destruye, sino que se integra el consentimiento. Mejor, se lo complementa. El mismo autor, lo reconoce al decir: "la ley ha tenido que suponer que el que pide prestados servicios a otros, implícitamente consiente en pagarlos; y aún más: que consiente en pagar el precio de costumbre".

³ Spota, A. G.: *Locación de Obra* (Tesis doctoral). T. 1, pág. 804, nº 305.

⁴ Cozzano Álvarez, E.: *La locación de servicios sin precio estipulado*. Conferencia del ciclo organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba. Pág. 2.

B) Fuentes del art. 1627 del Código Civil Argentino.

Vélez omite, respecto de nuestro rúculo, su siempre tan útil nota, incluso, la muy importante cita de sus fuentes. Sin embargo, encontramos una primer fuente, por lo conocida y frecuente, sin dificultad: Freitas.

El sabio brasileño, que legisla más extensamente que Vélez la materia, y con más felicidad, establece en los arts. 2697 y ss. que: "No será atendido en juicio el que demandare la prestación de cualquier servicio o trabajo, si no probare por alguno de los medios del art. 1949, que tal servicio o trabajo le haya sido prometido mediante un precio, aun cuando éste no fuese inmediatamente determinado.

Si el precio no fue determinado inmediatamente, se entenderá que las partes consiguieron el precio de costumbre, el que, en caso de duda, será determinado por arbitraje".

Luego, el art. 2698 se refiere a la demanda del precio, haciéndolo con menos rigor que el anterior, al referirse a la demanda de prestación del servicio. El art. citado dice así: "Será no obstante, admitidas todas las pruebas, si alguien demandare el precio de un servicio o trabajo que haya hecho para otro, siempre que tal servicio o trabajo pertenezca a los de su profesión o medios de vida, y ello aun cuando no hubiese habido convenio alguno sobre el precio. Se entenderá también sobre este caso, que las partes consiguieron el precio de costumbre, el cual, en caso de duda, será determinado por arbitraje".

Finalmente, el art. 2699, encuentra su correspondiente en el art. 1628 del Código Civil.

Cordeiro Álvarez, atribuye además influencias al Código de Chile y al gran Pothier. El primero en su art. 1997 referido a los "Contratos para la confección de una obra material" y extendido por el art. 2006 a la locación de servicios inmateriales, dice que: "Si no se ha fijado precio se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

Los dos caminos que pudieron seguirse para facilitar el cobro de servicios prestados en determinadas condiciones, en síntesis, son:

- a) El del Cód. de Chile, presumiendo que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos; y
- b) El Esbozo de Freitas, facilitando la prueba del contrato, merced a un alejamiento de los principios generales que rigen la materia, para que en caso de que éste resulte probado, entender

(art. 2696) que las partes convinieron el precio de costumbre, el cual, en caso de duda, será determinado por arbitraje.

El pensamiento de Pothier² resulta claro sobre el punto —aunque no muy acertado— y según parece es quien ha inspirado el Cód. de Chile. Pothier —versión libre del mismo— pone un ejemplo cuando habla del contrato de locación de obra (*louage d'ouvrage*); establece primero, que los tres elementos esenciales a este contrato son: una obra a realizar (objeto), un precio y el consentimiento. Luego, al explicitarse sobre el precio, entiende, no muy acertadamente para nosotros, que sin precio no hay locación de obra, sino mandato (lo que no es así, como leemos en Freitas, sino hay representación, que es de la esencia del mandato).

"Sin embargo —dice—, no es necesario que el precio sea convenido expresamente, puede resultar de un convenio tácito sobre el mismo, como cuando se manda tela al sastre para que haga un traje, aunque no se haya pactado precio alguno, tácitamente se considera que se ha convenido el precio que es de uso pagar en el lugar por la hechura del traje."

Estas son las fuentes, directas e indirectas, que llevan al art. 1627, son ellas pues, las que pueden iluminar el panorama, en cualquier interpretación del artículo que se desee hacer.

C) Sujetas amparadas por el art. 1627 del Código Civil

Dentro de la sencillez que denota en su redacción el art. 1627 está su importancia: de ella se deriva su generalidad, ¿Quiénes pueden demandar el precio, amparándose en la disposición del art. 1627?

Simplemente, "el que hiciere algún trabajo" o "prestare algún servicio", cuando tal servicio o trabajo sea de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, y aun también cuando no siéndolo, no existieren circunstancias que hicieren presumir la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía.

Intención que se presume cuando el servicio no fue solicitado, o cuando el que lo prestó habitaba en la casa de la otra parte. (Art. 1628 Cód. Civ.). — Esta presunción reviste el carácter de las llamadas "iuris tantum", esto es, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario, ya que como es evidente no existe ninguna razón que nos autorice a pensar que el legislador haya querido dar un corte definitivo al asunto, mediante una presunción "iuris et de jure", que no sólo sería injustificada, sino también arbitraria. Dicho supuesto, en que se presume la intención de beneficiar, entendemos que resulta inaplicable para el caso en que el servicio prestado sea de la profesión o modo de

² Cit. por Cordeiro Alvarez, op. cit. parág. VI. Pontes, Oeuvres, IV, M: Bugnet, Nos. 297 y sigs.

vivir del que lo prestó. Así resulta de un análisis cuidadoso y conjunto de los arts. 1627 y 1628 del Código. En efecto, el primero de dichos artículos dispone que "el que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir". Y el segundo a su vez dispone que "si el servicio o trabajo no fuese relativo a la profesión o modo de vivir del que lo prestó, sólo tendrá lugar la disposición del artículo anterior, si por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar . . .", es decir, el principio del art. 1627 que autoriza a demandar el precio, aunque éste no se hubiese ajustado, rige soberano, si el servicio prestado es de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, sin que pueda aludirse, remitiéndose a la presunción legal de que hubo intención de beneficiar. De esta manera, si un médico asiste a su paciente —para dar más visos de verosimilitud—, en un caso de urgencia, no se podrá alegar la intención de beneficiar porque el servicio no fue solicitado o porque el facultativo habitaba en casa del enfermo, ya que el servicio prestado sería de la profesión del que lo prestó. La interpretación que damos al texto legal no podría ser otra, ya que la última parte del artículo 1628, establece dicha presunción para el caso que ya venía disponiendo: en que el servicio o trabajo no fuese relativo a la profesión o modo de vivir del que lo prestó.

El artículo es amplio. Comprende tanto relaciones civiles, como comerciales y laborales, con las limitaciones que los códigos y leyes civiles, comerciales y laborales establecen. No habiéndose dictado las disposiciones (Ordenanzas municipales o policiales en cada pueblo) que el artículo 1624 del Cód. Civ. prevé, para las personas de uno y otro sexo que se conchavaren para servicio doméstico, lo mismo que las disposiciones especiales que debieron dictarse reglamentando las relaciones entre los artesanos y aprendices, y entre los maestros y discípulos, les resulta aplicable en lo que fuere pertinente, el art. 1627 del Cód. Civ., cuyos límites no es posible precisar, sino merced a textos legales expresos, que en el caso del art. 1624 no son suficientes. Sin embargo, debemos una aclaración. Siendo el Cód. Civ. una ley, derogable por otra ley (art. 17) el Congreso pudo, merced a facultades que le son inherentes, dictar dichas leyes con carácter nacional, que es lo que en buena parte se hizo; de esta manera se halla casi totalmente satisfecha la previsión de Vélez; si bien no son disposiciones de carácter local, ello no interesa, no es esencial. Eso sí, repetimos, en todo lo no previsto por ellas, expresa o implícitamente, rige soberano el art. 1627, norma de suprema equidad, combativa de la mala fe y defensora de la parte más débil y en el caso, única sujeta al fraude, ya que los servicios son previamente prestados. Así el artículo, en su amplitud, comprende toda clase de trabajo

o servicio, de cualquier calidad que fuese, incluso como al comienzo lo señaláramos, la locación de obra y fuere cual fuere el nivel intelectual del que lo practique, comprendiendo desde el mozo de cordel, hasta el título de mayor jerarquía universitaria, y no creemos que la asimilación vaya en desmedro de nadie. Bien extrajurídicas resultan artificiosas construcciones, como se observa en el plenario de 1919 que después analizaremos, por las que se hacen distinciones que la ley no hace, interpretando y olvidando a la vez básicas reglas de interpretación, que expresan que donde la ley no distingue no debemos distinguir. La no admisión de dicha regla, incluso, supone el rechazo de la lógica como método de interpretación, lo que sería un absurdo... jurídico. La interpretación que hacemos del artículo es la única jurídicamente razonable: obras intelectuales y materiales, dependientes y profesionales liberales, quedan íntegramente regidos por el artículo en el supuesto en él establecido y salvo las limitaciones determinadas por otros cuerpos legales, que como leyes de arancel profesional y contratos colectivos de trabajo, tienen prevalencia en la materia, por su especialidad. (*Lex special derogat general*).

² *L'arancelos colli in que venimos dicémos; encontramos crítica por Moyano² la doctrina francesa formada por Duvergier, Laurent, Baudry Lacantinerie, Colliu y Capitant, Planiol, etc. Finalmente digamos, dejando de lado la cuestión interpretativa, que la regla del art. 1627 ha dejado en general de aplicarse a las profesiones liberales en las que rige un arancel con un mínimo legal, con todo, el artículo, por su generalidad, a menudo encuentra lugar para una útil aplicación, lo que se observa por la frecuencia con que con él se fundan derechos.*

Es común, por lo menos en otra época lo fue, que en ciertas ramas de la actividad humana, no se pactara precio a cargo del locatario, sino que la contraprestación se sustituyera por el derecho a percibir de un tercero, lo que éste "voluntariamente" y sin que medie exigibilidad jurídica de ninguna índole, se dispone a abonar (*propinas*). Este tipo de estipulación implica en realidad, una contraprestación, propia de un contrato oneroso, perfecta del *do ut des*. Sin embargo, la indeterminación del precio a percibir que queda subordinado a la voluntad del sujeto pasivo de la prestación y finalmente su "no exigibilidad jurídica", nos impiden propiamente, hablar de precio estipulado. Este tipo de contrato fue común y como dijimos aún lo sigue siendo, en lo relativo a la locación de servicios de porteros, mozos de café, acomodadores de cine y changadores, cuya única retribución estaba formada exclusivamente por las "propinas" que quien era servido les dejaba.

² Moyano, J. A.: Rev. de Crim., Psiquiatría y Med. Leg. T. XVIII, pág. 348.

Casi siempre de mala fe, algunas veces esos dependientes una vez terminada la locación, por propia decisión o por despido, vencimiento del plazo, etc., intentaban cobrar sus servicios fundándose precisamente en el art. 1627 del Cód. Civ. Con ese motivo la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, tuvo la oportunidad de establecer en diversos fallos⁷ que no se hacía lugar a la demanda porque la costumbre y el uso en esta relación jurídica no era precisamente la retribución de un precio en dinero, sino que se abonaran los servicios sólo con las propinas que percibía el locador: especie de contrato innominado en que el locatario no retribuye directamente los servicios que recibe, sino que otorga facultades al locador para percibir de un tercero.

Recogiendo las acertadas conclusiones a que llega Cordeiro Alvarez, encontramos que estos fallos han determinado una limitación congruente al principio general del art. 1627 del Cód. Civil, y es que: *Cuando el uso es contrario a la situación que el mismo consagra, no puede pensarse que haya el consentimiento tácito que fundamenta el artículo. Esos usos y costumbres sirven de prueba en contrario a la presunción que el mismo consagra.*

Esta conclusión sirve en general, como una advertencia a la aplicación indiscriminada que pretende hacerse del artículo 1627, de la que resulta que en cada caso, debe estarse a lo que es de uso y que puede tener el valor de lo que es expresamente convenido, antes de hacer valer una presunción legal, que sólo tiene valor supletorio. En la prudencia, estará la justicia de su aplicación⁸.

No completaríamos nuestro trabajo de interpretación en torno al art. 1627 y a los sujetos amparados por él, si dejáramos de señalar sus limitaciones, no sólo en los supuestos del art. 1628, sino también de los arts. 1625, 277 y 430 del Cód. Civ. El art. 1625 dispone que el que hubiese criado a alguna persona, no puede ser obligado a pagarle sueldos por servicios prestados, hasta la edad de quince años cumplidos. Tampoco serán obligados a pagar sueldos los tutores que conservaren en su compañía a los menores de quince años, por no poder dadas acomoda.

El art. 277 refiriéndose a los padres establece que "pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa", limitación que con toda razón y mayor motivo,

⁷ Fallos cit. por Casero Alvarez, E.: Op. cit., p. 10. C. Com. 24 febrero 1920, López o/Strada y Tagliero, 9 junio 1920, etc.

⁸ Esta modalidad de la locación, no siempre fue resuelta de la misma manera, ni con el mismo buen sentido.

En un fallo de la Cám. Com. de la Cap. de mayo 20 de 1927, J. A., t. 28, pág. 437, se dijo que: "La locación de servicios convertida con un modo de café no debe entenderse gratuita, aunque la práctica general

Lafaille * extiende en el caso del art. 1625 a los tutores, todo, con más las limitaciones que resultan para los menores, de otras leyes de orden público.

D) Supuestos de su aplicación.

La aplicación del art. 1627 del Cód. Civ., ¿supone la aplicación de todo otro principio general, que integra la materia de contratos? Entendemos que no. Respondemos a esa pregunta negativamente porque la aplicación lisa y llana de tales principios, terminaría con la eficacia del artículo y con las intenciones que al establecerlo tuvo el legislador. En base a ello, es que estamos en condiciones de afirmar, de acuerdo con el art. 1627 y lo que resulta de las fuentes que le dieron vida, que, cuando el trabajo o servicios prestados por el locador son de su profesión o modo de vivir, no debe probar el contrato sino los servicios prestados, así resulta de una fuente indirecta, Pothier, en el caso del sastré, ya mencionado. La misma conclusión cabe extraer del Cód. de Chile inspirado en él. Así resulta también, con su acostumbrada claridad, de Freitas, fuente directa de nuestro articulado sobre la materia.

La excepción impuesta a los principios generales en materia de prueba de contratos, respecto de la determinación del precio en la locación de servicios, ¿es justa? Entendemos que sí, ya que se tiende de esta manera a proteger los legítimos intereses de los que trabajan, haciéndoles fácil la prueba, imposible muchas veces de lograr, si aplicándose la regla del art. 1193 del Cód. Civ.,

consciere la costumbre de tenerlo por remunerado tan sólo con las pruebas de los clientes, si el patrón demandado no acredita haber convenido expresamente esta circunstancia".

Dicho fallo, aparece anotado por un interesante comentario del doctor Esteban Díaz de Guisasa, por el que nos enteramos que "en algunas ciudades, como en ciertos restaurantes de París, los mozos pagan un derecho al dueño del establecimiento para poder usar el delantal que los acredita como empleados del mismo. En lugar de cobrar al propietario el salario que correspondería a la función desempeñada, los papeles se invierten y dicho proletario viene a constituirse en locador de plazas de mozo". Puesta en discusión, cierta vez, ante la Corte Suprema, la moralidad de dicha convención, ésta resolvió que lo era, agregando que cada persona es juez exclusivo de sus intereses y conveniencias y de fijar, por lo tanto, las condiciones en que han de prestarse sus servicios. En el caso, como bien lo hace notar el doctor Díaz de Guisasa, debió haber prevalecido sobre el principio del Cód. Civil, de que la locación no se presume gratuita, los usos mercantiles. Dada la existencia de estos usos mercantiles, deben expresamente manifestar su voluntad de apartarse de ellos, porque constituyen la regla que rige la causa en caso de silencio. De ahí, que nos parezca absurdo, como lo hace notar el autor citado, que se exija el requisito de convenio expreso, para corroborar la práctica de la plaza.

* LAFAILLE, H.: *Curso de Contratos*. Bs. As., ed. 1928, p. 294, nº 465.

debiese probarse el contrato por escrito, toda vez que su objeto sea una cantidad de más de doscientos pesos.

La presunción que informa el artículo, es perfectamente legítima, no se hace "por amor al arte" lo que constituye un medio de vida, por el contrario, se hace esperando una recompensa, cuya especie está presumiblemente fijada, desde que los fenicios inventaron la moneda!...

El fundamento del artículo advierte en el contenido del mismo una disposición de carácter condicional. Probada que sea la prestación del servicio, corresponde fijar el precio, siempre que el servicio aparezca rodeado de las demás circunstancias ya establecidas. Todo ello, claro está, condicionado al derecho que tiene la otra parte de probar la existencia de un contrato con precio establecido o con bases para su determinación, incluso la inexistencia de precio, por tratarse ya no de un contrato de locación de servicios (o de obra), sino, de cualquier otro, p. e. contrato de sociedad, de capital e industria, donación, o en cumplimiento de una obligación de origen delictual, etc.

En general, podemos afirmar, que si el contrato es gratuito o no siéndolo, no existe un precio determinado, sino otro servicio a cargo de la contraparte, o la entrega de una cosa, la cesión de un derecho o cualquier otro signo de onerosidad, se tratará de un contrato inominado, siendo una característica conocida de éstos, el de que se rigen por el contrato a que más se asemejen. Dudamos que en el caso haya mucho que pensar, a cuál se asemejarían más.

Esta es la doctrina admitida en general, por la jurisprudencia actual. Resulta interesante destacar que no siempre fue así. En la primer época que siguió al alumbramiento de nuestro Código Civil, cuando éste hacía sus primeras armas con sus intérpretes y aplicadores, diversos fallos habían determinado la necesidad de probar el consentimiento, exigiendo que se llevara al juez a la certeza de que el locatario había solicitado los servicios recibidos.

Esa doctrina, como es lógico de ver, destruye los fundamentos mismos del artículo, y con ello la eficacia de una norma que tuvo por base, serias y legítimas presunciones de que nos dota la vida. Sin embargo, aunque no participemos de esa doctrina, creemos justificado ese punto de vista, si nos apartásemos de los fundamentos y bases aludidos, esto es, *incurriendo en el mismo error que los autores de la doctrina mencionada*. En efecto, si careciendo el juez de probanzas que atestigüen el consentimiento de las partes, respecto del servicio prestado, tuviera que condenar a alguna de ellas al pago del precio que resulte, sólo podría hacerlo en caso de que se alegue la existencia de un contrato o de un "casi contrato", gestión de negocio o empleo útil, hipótesis en que deberán quedar probados los extremos que hacen al instituto. Sin embargo, este razonamiento es radicalmente falso, si se ad-

vierte qué falsas son sus bases. En efecto, prestado el servicio en las circunstancias especificadas por el artículo, se presume la existencia del contrato y por ende del consentimiento. Sin duda, es ésta una presunción "iuris tantum". No es necesario probar el consentimiento, sino en todo caso destruir la presunción de "consensus", ya que admite prueba en contrario. Esta es la verdadera doctrina interpretativa: no se puede exigir la prueba de un extremo no constituido por la ley o que por lo menos resulte de alguna manera de ella. En este sentido, encontramos numerosos fallos, resueltos todos sobre un mismo caso, tal el registrado en J. A., t. 18, pág. 987, en la causa Perrone y Ayerza c/Baratti: en el caso, los dos primeros, de profesión arquitectos, habían confeccionado para el segundo, planos que éste negó haber solicitado. Sin embargo, probado que éste los recibió y utilizó para su obra, se hizo lugar a la demanda.

Si bien no hay duda sobre los extremos que deben probarse, la jurisprudencia no siempre se ha manifestado de acuerdo con los medios por que dichos hechos pueden ser acreditados, así, en diversos casos¹², requirió la observancia de lo preceptuado en el art. 1193 del Cód. Civ. ya que, si en realidad al demandarse por el cobro de precio, implícitamente se demanda al locatario por cumplimiento del contrato, no puede admitirse la prueba testimonial cuando el valor de lo que constituye su objeto excede de doscientos pesos, por aplicación imperativa del artículo citado. Mientras que en otros casos¹³, la solución fué radicalmente distinta, estableciéndose que: cualquiera sea el monto de la demanda, es admisible la prueba testimonial si la base de tal acción lo constituye el art. 1627 del Cód. Civ., por aplicación del art. 1191 del mismo código, que resulta aplicable fundamentalmente en dos de sus supuestos: a) Si hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley (contrato por escrito); b) Cuando alguna de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato.

Esta última es la doctrina que antes adoptamos al interpretar como de excepción el contenido del art. 1627 del Cód. Civ., respecto de los principios generales vigentes en materia de contratos. Entre ellos se hallaba el mencionado art. 1193.

Sintetizando las conclusiones a que hemos arribado, podemos decir que la doctrina aplicable al caso es la siguiente:

1º) No se trata propiamente de probar el contrato y el consentimiento, sin el cual aquél no tiene existencia, ya que si bien probado aquél se presume éste, son dos cosas distintas, que

¹² V. Jurisprudencia Argentina, t. 7, pág. 481; t. 20, pág. 931; t. 2, pág. 304, etc.

¹³ V. notas al pie de fallos en J. A., t. 20, pág. 920, y t. 22, pág. 898.

guardan una relación de forma a sustancia. Se trata de probar "hechos jurídicos", de los cuales el contrato surja directamente o merced a una presunción inferida de esos hechos y que será "uris tantum" ya que cabe a la otra parte la posibilidad, más bien el derecho, de probar en contrario. Además, toda vez que concurren las circunstancias que prevé el artículo, para el servicio prestado sea de la profesión o modo de vivir del que lo prestó, alcanza con la prueba de que los servicios fueron prestados, que como meros hechos que son, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba.

2º) Si no existe problema ante la inexistencia absoluta de contrato, mucho menos podrá existirlo, si habiendo contrato por escrito las partes hubieren olvidado fijar el "precio" o establecido bases para su determinación posterior, es decir, para cuando el servicio ya haya sido prestado o la obra concluída, como ocurre en el caso del sastre, mencionado por Pothier.

Las conclusiones arriba anotadas resultan así interpretadas en un fallo de la Cámara Civil de la Capital del 23 diciembre 1924 en que dice "... se trata de acuerdo a la doctrina del art. 1191 de que el actor demanda cumplimiento al demandado, tomando por base justamente, el cumplimiento de su prestación: en consecuencia, puede probar sin restricción los hechos que invoca". No siempre sin embargo, ha sido éste el criterio imperante. En un fallo (cuya nota puesta al pie antes citamos J. A., t. 20, pág. 920) en contradicción con la doctrina que proponemos se estableció: "si no existe un principio de prueba por escrito que haga admisible las declaraciones de los testigos, ellas no son útiles a los fines de la acción deducida por la locación de servicios. La nota mencionada atestigua una jurisprudencia vacilante en la exigencia de ese elemento claramente definido por el art. 209 del Cód. de Comercio. La más de las veces se admite la imposibilidad de obtener dicho principio de prueba por escrito, incluso como dice Lessona (cit. por la nota) en su *Tratado general de la prueba en Derecho Civil*, porque en este contrato existe imposibilidad moral para procurarse el principio de prueba por escrito. La jurisprudencia de distintos países así lo ha considerado cada vez que se ha tratado de la determinación de honorarios médicos.

La misma nota, nos aclara que según nuestra jurisprudencia no es menester el principio de prueba por escrito, basando justificar por testigos la prestación y el ofrecimiento de retribución por el que los aceptó, tratándose de servicios aceptados tácitamente, cualesquiera que sea su importancia (Cám. Civ. 14/12/1906, Fallos, t. 177, p. 76) y en otro caso que ... para que se demande el precio que legalmente corresponde por servicios profesionales prestados (en el caso confección de un inventario y balance) que dan derecho a pedirlo, no es necesaria a este res-

pecto, sino la prueba de los hechos que dan base a la acción (Cám. Civ. 30 de Nov. de 1909, serie 7ª, t. 8, p. 83). Aceptamos por concorde con la posición asumida, la doctrina de la Suprema Corte Nacional (3 agosto 1875, Fallos, t. 16, p. 247) que estableció que la prueba testimonial sin previo principio de prueba por escrito, sólo es procedente cuando se trata de demostrar por medio de ella los hechos que constituyen la prestación de servicios; pero si se trata de probar el contrato en el cual se estableció la prestación de servicios a efectuarse entre las partes, el régimen del Código en materia probatoria entra en función plenamente, debiendo aplicarse las disposiciones que exigen que los contratos se prueben en la forma en que las leyes lo establecen.

No queremos dejar de señalar que el art. 1627 fue erróneamente interpretado cuando se consideró que sólo amparaba a los profesionales, ya que como después la jurisprudencia lo estableció, alcanza con que la realización del tipo de servicios prestados, constituyan el medio de vida o sean de la profesión del que lo prestó. La característica que así lo define es: la habitualidad.

Sin la concurrencia de alguna de estas condiciones, la presunción se invierte y así el art. 1628 si bien establece que se debe el precio, esto corresponde si por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía, intención que se presume cuando el servicio no fue solicitado o cuando el que lo prestó habitaba en casa de la otra parte, hipótesis en que como es evidente los extremos a probar varían ¹².

La distinción hecha por Vález es legítima, ya que corresponde a la realidad de la vida. Si consulto sobre derecho a un abogado, es evidente que yo sé que deberé pagar sus servicios, mientras que si alguien oficiosamente se me ofrece para realizar un trámite, no constituyendo ése su medio de vida, la situación varía. A pesar de todo, no nos animamos a dar una posición absoluta sobre el caso, ya que a veces el que sea o no de la profesión o modo de vivir no es determinante de que se deba o no la retribución. Así es que, en general, hay que estar a las particulares circunstancias

¹² Presunción de gratuidad. La Cám. Civ. 2ª de la Cap., en fallo del 22/8/1939, L. L., t. 13, pág. 866, acordado con los votos de los doctores Lagos y Miguera, confirmatorio de la sentencia del juez Crda, ha declarado que: a falta de prueba del convenio de locación de servicios que se invoca, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1628 del Cód. Civil, debe presumirse la gratuidad de los servicios de enfermero, extraños a la profesión y al modo de vivir del que los prestó, si de antes resulta que éste alquila la planta baja, y que además puede aceptarse que no fue llamado por el causante, en razón de la vinculación que resulta de la vecindad.

El vocal, doctor Sarver, votando en disidencia, sostuvo que la presunción de gratuidad consagrada en el artículo 1628, 2ª parte, cláusula 2ª, se refiere a los casos en que se vive en casa del que recibe el servicio sin efectuar pago alguno, es decir, a título de caridad o amistad; y que

de hecho de cada caso. De los hechos ha de surgir el derecho, debiendo tenerse siempre en cuenta la magnitud e importancia de los servicios prestados, si medió ofrecimiento del locador o requerimiento del locatario, y si de acuerdo a la conciencia humana que generalmente actúa cuando es impulsada por un interés, había legítimamente razón como para que el locador entendiese trabajar por precio o para que el locatario entendiese que le servían gratis.

E) *Constitucionalidad del artículo 1627 del Código Civil.*

Una nota aparecida en J. A., t. 5, p. 71 que no lleva firma y fue colocada al pie del plenario del año 19 allí transcrito, considera que el art. 1627 del Cód. Civ. es inconstitucional porque dicho artículo "al establecer que en la locación de servicio se entiende, en ciertos casos, ajustado el precio de costumbre, para ser determinado por árbitros, no ha podido privar a los jueces de la facultad que les confiere la ley procesal. Cuando ésta dice que la sentencia debe declarar el derecho de los litigantes, condenando o absolviendo de la demanda, en todo o en parte (art. 211 del Cód. de Procedimientos) es porque ha querido la terminación de los juicios y no que con ocasión de ellos surjan otros nuevos".

Luego agrega, "en la organización política que se ha dado el país, el Código Civil no puede crear los órganos de la jurisdicción ni determinar que un asunto ha de resolverse por árbitros: ésa es materia que corresponde a las legislaturas locales, en cuyo carácter el Congreso dictó el Código de Procedimientos (art. 67, Inc. 11 y 28 de la Constitución Nacional), lo que la ley de fondo ha querido expresar es que si no hay convenio previo sobre la locación ha de determinarse por jueces, si éstos han de ser ordinarios o arbitradores, de derecho o legos, es una cuestión que no ha podido decidir". Luego dice "se trata de cuestiones procesales ajenas a la legislación de fondo". Termina la nota poniendo de relieve el olvido de los jueces en aplicar la ley suprema, antes que cualquier otra, para luego considerar equivocada en el racio-

en el caso de autos, no podía invocarse esa presunción por cuanto los actores no habitaban en casa del demandado a título de amistad, ni de caridad, sino que ocupaban otra finca de su propiedad en carácter de locatarios, de donde se trasladaron a la casa del causante al efecto de poder prestarle los servicios personales.

Los antecedentes jurisprudenciales concuerdan con la interpretación del vocal disidente (J.A., t. 3, pág. 374; J.A., t. 7, págs. 26 y 281; J.A., t. 28, pág. 118), salvo casos de excepción (Cám. Civ. 2ª, J. A., t. 6, pág. 324), en que por la naturaleza de los servicios no se admite la presunción de gratuidad, correspondiendo su prueba al que la invoca. (J. A., t. 23, pág. 847).

Consignamos que la interpretación del doctor Salva, no es original, sino que es transcripción del art. 2099 del Esbozo que como dijéramos, legisla la materia con más felicidad que Vélez.

cinio, pero justa en la solución, la opinión de la mayoría, así como que la minoría ha errado en todo!...

Esta nota, debemos confesarlo, nos ha puesto en duda y sorprendido, el Cód. Civil se ha caracterizado en su aplicación como una ley supraconstitucional en su fondo y en su forma; hasta llena dentro del marco de sus posibilidades, verdaderas lagunas de nuestra ley fundamental. De ahí la sorpresa. La duda, ha sido originada por un razonamiento, que parece correcto. Sin embargo, después de un exhaustivo análisis del caso, concluimos en que la disposición citada es constitucional. He aquí la razón. El art. 1627 del Cód. Civil es supletorio de la voluntad de las partes y en este sentido, dentro de los marcos sustanciales de la Constitución Nacional, la ley puede suplir la voluntad de las partes de cualquier manera que estime conveniente, tanto como las partes mismas podieron hacerlo. La disposición que tendrá lugar *en defecto de estipulación contraria*, es material y no formal. No debemos dejarnos engañar por las apariencias. El art. 1627 está tratando de proveer un elemento esencial al contrato, el precio; lógico será entonces que lo haga de cualquier forma y con cualquier método. Pudo hacerlo directamente o estableciendo un procedimiento. En el Cód. Civ., como en otras, y también en las leyes de fondo, habría según él, que crítica, muchas normas inconstitucionales.

La ley pudo sólo haber dicho ... se entiende el precio de costumbre, o el que establezca un perito o quien se nos ocurra, incluso, árbitros. Se trata de una disposición que cualquiera sea su contenido se va a incorporar al contrato, escrito o no, y siendo una cláusula del mismo, ya no cabe declararla con tal fundamento inconstitucional. En la regla del artículo, dado el silencio de la voz de las partes, la ley sólo interpreta su supuesta voluntad, y esto, "iuris tantum".

Además, bien puede interpretarse éste, como otro caso en que el legislador, considerando la importancia del asunto, haya decidido justificadamente, la inclusión de una regla formal en una ley de fondo, con el objeto de salvaguardar el derecho del locador, de manera definitiva, y no dejarlo al vaivén de las legislaturas locales. No es la primera vez, que Vélez se ocupa de reglas procesales en el Código. En el art. 760 p. ej., pone a cargo del acreedor que no impagnare el depósito judicial, en el pago por consignación, las costas judiciales. Nunca ponderado suficientemente, el autor del Código Civil, encontramos en la ocasión la oportunidad de hacerlo. Si Vélez pudo olvidarse de citar alguna vez a Freitas o de revisar una nota, creemos que jamás se olvidó de la Constitución Nacional.

F) Procedimiento para la determinación del valor pecuniario de los servicios prestados.

La ley es una y una es su parte dispositiva, sin embargo, la jurisprudencia la ha interpretado y aplicado de diversas maneras, a tal punto que podemos mencionar cuatro interpretaciones principales, interesantes de "lege ferenda", pero erróneas de "lege lata". En todo caso, una de ellas sería válida y el resto tergiversación o derogación lisa y llana de la ley, por conveniente, no menos ilegítima. Podemos ordenar dichas interpretaciones de la siguiente manera:

a) La jurisprudencia sentada por las Cámaras Civiles de la Capital, siempre en casos de poca importancia, dejó librado el precio al juramento estimatorio del actor, olvidando posiblemente que no es el monto de la demanda el que debe dar más relevancia jurídica al asunto en juicio, sino que todos los casos por igual merecen las mismas garantías, máxime cuando ni el mismo artículo hace esa diferenciación, no del todo justificada. Si bien hoy ya no rigen en la Capital Federal el procedimiento del juramento estimatorio, ya el Doctor Juan Agustín Moyano¹⁴ se encargó, a propósito del cobro de honorarios médicos de demostrar que aquel sistema tenía prácticamente los mismos resultados que la fijación directa por el juez, con el inconveniente de que recurría a una fijación ineficazmente. Agregando, "el arcaico sistema de diferir al juramento del acreedor la fijación de un crédito, de mundo incierto según la prueba, es merecedor a que sea puesto en desuso por la jurisprudencia (muy criticable como solución legal), como que no es más que un anacronismo pueril enquistado en nuestra ley de enjuiciamiento civil. Si el juez no puede condenar a más de lo que pide el actor, es elemental que el máximo designado ha de ser menor de lo que el médico demandó, por lo cual éste debe forzosamente jurar que su crédito asciende al máximo designado: por donde el máximo no es más que una fijación directa por el juez, quien salva mediante tal recurso, los escrúpulos emergentes de una prueba deficiente para determinar el monto de un crédito¹⁴.

b) En otras oportunidades, que es lo que originalmente se hizo, antes de advertir los problemas que la práctica se encargó

¹⁴ Revista de Crim., Psiquiatría y Med. Legal, op. cit.

¹⁵ Han diferido al juramento estimatorio del actor: Cám. Fed. La Plata, oct. 21-1927, J. A., t. 26, pág. 50; Cám. Civ. 2ª de la Capital, dic. 17 de 1915, J. A., t. 3, pág. 1137; Cám. Civ. 3ª de la Capital, J. A., t. 26, pág. 283 y J. A., t. 27, pág. 278; J. A., t. 3, pág. 204; J. A., t. 8, pág. 97; J. A., t. 9, pág. 518; J. A., t. 26, pág. 283; ...el asunto es de poca importancia (Cám. Comercial de la Capital), julio 23 de 1933, en J. A., t. 4, pág. 526, etc.

de demostrar, se dejó librado el precio a juicio de árbitros, proceder que más adelante analizaremos¹²:

c) Una tercera interpretación, entendió que el artículo se quiso referir a árbitros arbitradores amigables componedores y en tal sentido resolvieron la cuestión distintos tribunales de la Capital y las provincias, por considerar que el artículo no se quiso referir a árbitros, que requiere un nuevo juicio para su decisión.

d) Finalmente se llegó al procedimiento de la estimación directa que tuvo su consagración en las Cámaras Civiles de la Capital reunidas en tribunal pleno, que así lo resolvieron el 24 de diciembre de 1919 en el caso "Zurut c/Poncet de Longueville (Suc.) cuya síntesis (J. A., t. 5, p. 68) establece que:

1. — No puede deferirse al juramento estimatorio del actor la determinación del número de visitas médicas, porque lo único que autoriza la ley es la fijación del importe del crédito o perjuicios reclamados.

2. — Debe fijarse directamente por los jueces el importe de los honorarios de los abogados, peritos, médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales, pues sólo corresponde el arbitraje para las obras manuales que ejecutan los artesanos o en otros casos análogos¹³.

El sistema de arbitraje (o de arbitradores amigables componedores como interpretan muchos autores) establecido por nuestro Cód. Civ. (art. 1627), en la materia, no era sin duda alguna el más apropiado para resolver la cuestión. Su aparente simpli-

¹² Han diferido la fijación al juicio de árbitros: Cám. Civ. 2ª de la Cap., marzo 5 de 1918, J. A., t. 1, pág. 212; Cám. Civ. 2ª de La Plata, mayo 15 de 1918, J. A., t. 1, pág. 772; Cám. Civ. 1ª de la Cap., julio 13 de 1918, J. A., t. 2, pág. 950; Cám. Com. de la Cap., septiembre 21 de 1923, J. A., t. 11, pág. 340; Cám. Com. de la Cap., septiembre 12 de 1924, J. A., t. 14, pág. 285; y en J. A., t. 31, pág. 437; J. A., t. 33, pág. 763, etc.

¹³ Así, procedieron aplicando el pónario: Cám. Civ. 2ª de la Cap., 29 de diciembre 1926, J. A., t. 21, p. 909; Cám. Civ. 2ª de la Cap., 4 de septiembre 1920, J. A., t. 5, p. 325; Cám. Civ. 1ª de la Cap., 18 de julio de 1921, J. A., t. 7, p. 28. Idem: J. A., t. 28, pág. 95; t. 9, pág. 917; t. 10, pág. 737; t. 11, pág. 340; t. 11, pág. 1326; t. 12, pág. 754.

Además, la abundante jurisprudencia sobre cobro de honorarios por servicios médicos que tiene (o debió tener) por base el art. 1627 del Cód. Civ., puede sistematizarse como sigue:

a) Regulación a base de oranceí del Dep. Nacional de Higiene aunque no reconociéndole fuerza legal y al sólo al de antecedente valioso: Cám. Fed. Bahía Blanca, 10 de diciembre 1942, "La Ley", t. 30, pág. 69; Sup. Trib. Entre Ríos, 21 de noviembre 1942, "La Ley", t. 30, pág. 263; Sup. Trib. de Santa Fe, 12 de marzo 1943, "La Ley", t. 3, pág. 33; Sup. Trib. de Entre Ríos, 19 junio 1943, J. E. R., 945-433.

cidad, esconde el más largo y complicado procedimiento, en el caso, para establecer la entidad de un derecho.

No es raro que el arbitraje no se cumpla y sea menester recurrir al imperium del juez para reclamar su ejecución, ni tampoco dejan de ser frecuentes las demandas por nulidad del laudo (art. 808, Cód. de Procedimientos).

La jurisprudencia quiso eludir un procedimiento engorroso, largo, oneroso e injusto, con el plenario que a continuación analizamos. Nosotros rechazamos su "interpretación" del artículo y hacemos otra que llega a los mismos resultados, entendemos por un camino más feliz; porque no los obtenemos apartándonos de la ley, sino por el contrario, ajustándonos a ella. Sin embargo, una vez más, comprobamos que la mejor solución ante un artículo con una solución inconveniente, es su reforma. Ese es precisamente el camino que debe seguirse para asegurar el respeto de la ley, y no, el mantener incólumes, artículos ya "oficialmente" muertos.

Debemos aclarar que en el caso que motivó el plenario, habiendo un médico demandado por cobro de honorarios, el Juez de 1ª instancia hizo lugar en parte a la demanda, definiendo la fijación del número de visitas médicas al juramento del actor y su importe, a la decisión de árbitros. Es esta sentencia la que motivó la apelación.

Con toda exactitud el doctor Helguera dijo que el número de visitas no puede definirse al juramento del acreedor. El art. 230 del Cód. de Procedimientos lo autorizaba ¹² en forma especial y de excepción únicamente para la fijación del importe del crédito o perjuicios reclamados, siempre que su existencia estuviese legal-

b) *Determinación por arbitraje:* La sentencia debe precisar cuáles son los servicios prestados o reconocidos y establecer las bases a que deberán ajustarse los Árbitros para justipreciarlos. Sup. Trib. de Entre Ríos, 18/3/1943, J. E. R. 943-159, etc.

c) *Determinación por juramento estimatorio:* Reconocida la prestación de los servicios médicos y no habiéndose probado el precio respectivo, su determinación debe referirse al juramento estimatorio. Cám. de Paz Letrada, Sala III, 1 junio 1943, G. F., 177-81. Cám. Civ. 1ª de la Cap., junio 23-45, G. F., 51-145.

d) *Estimación hecha por el profesional:* La cuenta de honorarios médicos pasada extrajudicialmente es un elemento importante que debe tener en cuenta el tribunal para fijar el monto judicialmente reclamado. Cám. de Paz Letrada, Sala II, marzo 25-1943, J. A., t. 76, pág. 212.

Un caso muy interesante, aun cuando su solución no está acorde con nuestras convicciones, del Tribunal Superior de Entre Ríos, julio 13-1945, dice que: "Para que exista promesa obligatoria, ésta debe ser a persona o personas determinadas, sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos; en consecuencia, no reviste tal carácter la tarifa expuesta al público en un consultorio médico.

¹² Derogado por el art. 37 de la ley 14.232.

mente comprobada y no resultase justificado ese importe. El crédito o servicio o hecho que dio origen a la obligación debe ser legalmente comprobado, esto es, en la forma ordinaria, por los medios que la ley de fondo y de forma prescriben según los casos, ya sea por escritura pública o privada, por declaración de testigos, y hasta por presunciones. Como en todos los juicios y solamente "el importe" se establece por juramento. Fundando finalmente su voto respecto del segundo punto de la cuestión, explicaba que la Cámara en diversas oportunidades fijó directamente el importe de los servicios a los efectos del juramento estimatorio, evitando así, en asuntos de poca monta, el gasto elevado de los honorarios de tres árbitros y la pérdida de tiempo que el procedimiento arbitral exige. No existe por lo tanto peligro de error —decla—, se ahorran gastos y tiempo, y se procede dentro de las normas expresas que la ley ha trazado (?).

El doctor Repetto adhirió su voto al preopinante respecto del punto primero, no así del segundo de la convocatoria. Decía al respecto "no creo en efecto, que sea legalmente posible resolver que en los casos sencillos y poco importantes de juicios por cobro de pesos procedentes de locación de servicios sin estipulación de precio, puedan los jueces sentirse autorizados para fijar en el fallo el importe o precio aproximado del servicio a los efectos del juramento estimatorio legislado por el art. 229 del Cód. de Proced. Guócese a ello el art. 1627 del Cód. Civ. Dice este artículo en su último inciso, después de legislar sobre el contrato de locación de servicios sin determinación de precio: "en tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros. El texto de la ley es tan claro que ninguna suerte de interpretación cabe en mi sentir a su respecto, como no sea la gramatical; el artículo se refiere a árbitros y éstos no pueden ser reemplazados por otra entidad por más garantías de imparcialidad y competencia que ofrezca, como bien lo dice el doctor Helguera al desconocer y con razón al Departamento Nacional de Higiene, salvo convenio de partes, aptitud legal para juzipreciar los servicios médicos. Finalmente, este camarista se consideró incompetente para resolver una cuestión que el art. 1627 del Cód. Civil dejaba en forma imperativa al juicio de árbitros; siendo función del juez exclusivamente el determinar si efectivamente se prestaron los servicios y en qué consistían, con lo que termina su competencia". "La fijación del valor de tales servicios lo somete la ley con carácter obligatorio, a la jurisdicción distinta a la nuestra, lo somete a la jurisdicción arbitral. Entonces preguntaba: ¿cómo darles a los jueces por manos del tribunal pleno la competencia para conocer sobre la determinación del precio de costumbre, si la ley de fondo expresamente se la ha negado? Finalmente, veía sólo en manos del Congreso la modificación del

artículo que consideraba un obstáculo insalvable para cambiar la jurisprudencia, así como considerando que el obstáculo legal no desaparecería por más que se limitara la decisión del juramento estimatorio a los juicios sencillos y de poca importancia. El voto del doctor Hepetto si bien representaba una idea conservadora, se apoyaba y sustentaba en los más sanos principios interpretativos. No se trataba en el caso de derogar o crear la ley como algunos querían, sino de interpretarla y aplicarla con precisión de cualquier juicio acerca de su bondad, quedando a salvo la opinión del jugador en virtud de aquel principio que reza "la plume est servie, la parole est libre", y no viceversa.

Muy distinto es el voto del doctor Zapiola que se remite al proyecto Goyena, que nada tiene que ver como fuente del artículo, para considerar que sólo puedan ser materia de locación "el trabajo o industria mercenarios" ya que quienes "ejercen una profesión liberal no reciben por su trabajo un «salario», lo que no permitiría el honor de su profesión, sino un honorario".

En forma irrefutable le contestó el Dr. Juárez Celman a ese "voto impresionante para quien suponga que la fuente de nuestra legislación sobre la materia ha sido proyectada por Goyena, pero cuando veamos que los arts. 1627, 1628 del Cód. Civ. son reproducción de los arts. 2697, 2698 y 2699 de Freitas, parecerá mucho más justo interpretarlos de acuerdo con la doctrina de este último, sobre todo cuando así resultase más conformes con su propio texto y con una jurisprudencia uniforme. Finalmente el doctor Zapiola esgrime otros argumentos de menor calibre que dada la extensión que deseamos dar a este trabajo y que por no ser fundamentales, dejamos de considerar.

El doctor Gigena votó en cuarto lugar y dijo adherir su voto al de los doctores Helguera y Zapiola, contestando además al preopinante Juárez Celman y alegando que no encuentra como él dice un art. análogo al 2696 del Esbozo de Freitas que comprende toda clase de servicio o trabajo, material o inmaterial, mecánico o liberal, como objeto de este contrato, agregando que aun cuando el precio del servicio o trabajo tenga la denominación de honorario o gratificación, el contrato será de locación de servicios y no mandato si no hubiere representaciones'. Luego agrega: "... y si nuestro codificador se ha inspirado en Freitas al redactar el capítulo relativo a la locación de servicios y ha querido comprender los servicios inmateriales y trabajos liberales: ¿por qué razón no ha hecho como Freitas, una declaración expresa al respecto? ¿y por qué no ha dictado, como Freitas (que lo hace en párrafo especial y separado) una sola disposición relativa a los servicios prestados por abogados, médicos, cirujanos y demás profesionales que prestan servicios inmateriales?⁴

Nosotros le contestamos. No lo ha hecho, porque no lo ha creído, como no lo creemos, necesario. Una enumeración resulta innecesaria ante un régimen general que no distingue ni autoriza a distinguir (*ubi lex non distinguit...*). Por otro lado si el artículo comprende "servicios" o "trabajo" es artificioso distinguir entre trabajo material o intelectual. Finalmente, digamos que la fórmula empleada por Vélez es correcta, por más que deseemos ver el instituto más extensamente legislado, y toda división que pretenda hacerse para excluir servicios prestados por profesionales liberales, no sólo no está autorizada por el artículo como ya dijimos, sino que se hará al margen de los más sanos principios interpretativos, como ya demostramos. El alejamiento de tales principios lleva al doctor Gigena a un gravísimo error: "si Vélez no se refiere a los servicios inmateriales, como los denomina Freitas, es porque no ha querido comprenderlo en sus disposiciones". Nosotros preguntamos: ¿De dónde deduce que Vélez legisó sólo servicios materiales, si a ellos expresamente tampoco se refiere ni surge "a contrario" del artículo? Tan legítima es su afirmación como decir que Vélez no legisó para servicios materiales y si sólo lo hizo para servicios intelectuales, teorías tan ridículas una como la otra que nos acerca a la absurda frontera de pensar que Vélez no legisó directamente sobre ninguna clase de locación de servicios. Mucho más lógico nos parece dejar de lado artificiosas distinciones que resultan improcedentes ante la redacción del artículo. Los votos que siguen de los doctores De la Torre, Dupujol y Giménez Zapóla no innovaron en nada fundamental y sólo siguen dando vueltas en torno de prejuicios y argumentos que a nadie convencen, ni se desenvuelven siquiera como congruente teoría jurídica. El último voto del doctor Pera es el que interpreta fielmente nuestra convicción, pues después de compartir en un todo las conclusiones de "los reformadores" respecto a los motivos determinantes de la modificación, cuyos alcances considera han de ser generales para responder cumplidamente a las exigencias premiosas que se procura llenar, aleja que "ante el texto expreso de la ley civil, dentro de la que estimo comprendida la locación de servicios de que se trata (recordemos que se trataban de honorarios de un médico) adhiero a los votos de los doctores Repetto y Juárez Celman, que malgrado los inconvenientes prácticos enunciados, consultan a mi ver la inteligencia en su letra y en sus fuentes, del precepto legal".

Diríamos que la cosa no concluye ahí, dado que si el tribunal había determinado que debía fijarse directamente por los jueces los honorarios de los que ejercen profesiones liberales, la jurisprudencia ha extendido el principio a los trabajos no profesionales; así p. ej.: al cuidador de una casa (*J. A.*, t. 7, pág. 26); al que prestó servicios relativos al desmontaje, traslación y colocación

de un molino (J. A., t. 5, pág. 255); al que corresponde al empleado que prestó servicios como tenedor de libros y como administrador de un negocio (J. A., t. 8, pág. 817), etc. Con esta inopinada extensión de la doctrina sentada en el plenario se llega a la conclusión absurda que ya señaláramos al discrepar con el doctor Gigena: el Cód. Civil no habría legislado sobre locación de servicios, conclusión a la que si se llega después de un nulo y sistemático desconocimiento de imperativas normas legales que ningún juez está autorizado a efectuar. Siempre hemos querido creer en la interpretación de los textos legales, porque en ella hemos querido ver una explicación de la ley, lo que no excluye en manera alguna el que la jurisprudencia evolucione merced a una interpretación dinámica de esos textos, pero nunca por medio de un total desconocimiento de la ley que están obligados a aplicar, ya que el juez debe en primerísimo lugar aplicar la ley, si bien crea permanentemente el derecho con cada decisión, sólo puede suplirlo en los casos de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, y no ante un texto expreso con cuya solución se discrepe, lo que lo colocará en facultades revisionadas de carácter peligroso, que no constan en los términos de su mandato.

Eso es derogar la ley por un procedimiento lateral; en otras palabras, es lisa y llanamente un fraude a la ley de la que deben ser fieles custodios, interpretores y aplicadores. Mucho más fácil y legal, sería aconsejar la reforma del artículo, que concurrir a un método que si bien más expeditivo, deja en las conciencias el problema de su legitimidad, debiendo comenzar el resco de la ley por quienes van a aplicarla y a exigir que los demás adecúen su conducta a ella, por más que J. A. Moyano pueda decir del plenario, que "la innovación, constituye un ejemplo elocuente de los recursos que utiliza la jurisprudencia para independizarse de la sujeción a un texto muerto y realizar la función de desenvolver uno eternamente vivo, como dice Saleilles en el prólogo de la obra magistral de Gény (*Métodos de interpretación*).

Héctor Lafaille¹², encontraba saludable la solución del plenario, aunque de difícil armonización con el texto del art. 1627, por cuanto las causas sobre locación de servicios, que debiendo ser las más breves, se habían convertido en las más largas, con menoscabo del trabajo honesto y beneficio para los malos pagadores, que venían a usufructuar, con frecuencia gratuitamente, el esfuerzo ajeno. Si bien se declaraba partidario de la reforma consideraba que el "modus vivendi" que encontraron las Cámaras Civiles, no dejaba de envolver un considerable progreso y de poner coto a muchos y sensibles abusos.

Para Salvat, si bien la doctrina del tribunal pleno consulta indudablemente intereses y razones prácticas muy respetables, el

texto del Código Civil es tan claro que se trata, en realidad, de un problema legislativo y no de interpretación.

G) Nuestra opinión.

Hemos criticado duramente el plenario, discrepando de la mayoría y adhiriéndonos a la minoría, porque disentíamos con el desenfadado argumento de la "razón práctica" de aquéllos, ante un texto legal expreso y preferíamos el prudente respeto de éstos por una ley que en puridad, ni unos ni otros han sabido interpretar. Eso por los fundamentos. Por las conclusiones, nos adherimos plenamente a la que arribó la mayoría, si bien lleváudo por otro camino, que mediante un mejor estudio del texto legal y de las fuentes, nos permite llegar a esa solución por medio de la "razón jurídica" adecuada a la ley en su letra y en su espíritu.

El Código de Chile, según hemos visto al estudiar las fuentes de nuestro artículo, se refiere a la fijación del precio por medio de peritos. Freitas, fuente directa del art. 1627, se refiere al precio de costumbre, "el que en caso de duda", será determinado por árbitros. Vélez quiso, en nuestro entender, como muchas veces lo hace, adotar una solución transaccional, que de ser bien lograda, hubiera trasuntado una redacción feliz. El artículo (1627 *in fine*) debió decir: "En tal caso, entiéndese que actuaron el precio de costumbre para ser determinado por peritos". Su anexo constante a Freitas, le hizo poner árbitros, que en el Esbozo sólo resta para el caso en el que el precio de costumbre estuviese en duda. Sin embargo, dada la redacción lograda por Vélez se mantiene la intención que queremos dar al artículo. Éste dice, es verdad, árbitros, árbitros que no actuarán como tales, puesto que claramente el artículo les asigna la función de determinar el precio de costumbre. Ellos no arbitran nada, sino que sólo deben determinar la entidad del precio, investigando cuál es el precio de costumbre. Diríamos, son árbitros que perician. Sí, son árbitros, los que trae Freitas, ya que en caso de duda, nada mejor que "arbitrar". Es esto, precisamente, lo que nos convence de que se trata de peritos y no de árbitros: no olvidemos que poco importa el nombre que el Código les da, que como bien sabemos muchas veces no es el que corresponde, sino la naturaleza de la función que les asigna, que en casos como el que analizamos aparece con toda evidencia. Así interpretado el artículo, la solución es la que correspondía para una más estricta determinación del derecho de las partes y una mayor garantía. Dejamos aclarado, que si bien nuestra solución, como la que proponía el plenario es práctica, no la proponemos por tal, sino que como intérpretes la recomendamos en función de tal. La razón es jurídica.

H) Anteproyecto de reformas al Código Civil.

El "Ilustre Bibiloni", como con toda razón lo llama un autor, ha dado nueva redacción al artículo, que no sólo resuelve definitivamente el problema, sino que tiene en cuenta la nueva legislación de arancel. El art. 1076 del anteproyecto dice: "Quien realizare cualquier trabajo, o prestare cualquier servicio a otro, podrá exigir el precio aunque no hubiere mediado ajuste, siempre que tales actividades fueren de su profesión o modo de vivir. Si hubiere tarifa o arancel se aplicarán éstos, y en defecto de ellos la retribución habitual, que será fijada por el juez".

Es indudable que el juez puede y de hecho que recurrirá al informe de peritos, cuando en autos no hubiese elementos suficientes para determinar el precio o cuando fuesen menester conocimientos especiales para resolver con equidad, pero el artículo debió haber resuelto definitivamente la cuestión, imponiéndole dicha obligación, como lo quería Lafaille.

²⁸ Op. cit., pág. 110.

²⁹ Op. y loc. cit.