

# Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica

Ricardo Luis LORENZETTI

SUMARIO: I. *La exuberancia del vocablo “servicios”*. II. *Clasificación de los servicios*. III. *La parquedad de la ley*. IV. *Los conceptos de la dogmática jurídica*. V. *El distingo entre el contrato de trabajo, de servicios y de obra*. VI. *Daños causados a la relación de servicios*.

## I. La exuberancia del vocablo “servicios”

La palabra “servicios” es ambigua en todos los ámbitos en que se la utiliza.

En el plano lingüístico, el *Diccionario* de la Real Academia afirma que se refiere a la acción de servir, la cual se relaciona con el estado de criado o sirviente, e incluye términos tan lejanos como “estación de servicio”, “servicio militar”, “servicio sanitario”, “servicio posventa” y muchos otros.

En la ciencia económica se ha definido a un sector como la “economía de servicios”, que incluye aspectos tan variados como los bancarios, teléfonos, electricidad, transporte, educación, justicia, financieros, publicidad, marketing, limpieza, informática, seguridad, asesoramiento económico, jurídicos, inmobiliarios, belleza, turismo, funerarios.

En la ciencia jurídica ha reinado la multiplicidad de sentidos, lo cual tiene una raíz profundamente histórica.

En el derecho romano existieron la *locatio rei*, la *locatio operarum* y la *locatio operis*, que calificaban contratos en los que se producía la ce-

sión de una cosa en uso. En el caso de los servicios, se trataba de la entrega de un esclavo, considerado “cosa”, durante un tiempo para que produjera una actividad. En la *locatio-conductio operarum* se ponía a disposición de otro para un determinado periodo de tiempo la propia actividad; en la *operis* se refería a la entrega de un resultado del trabajo sobre una cosa que previamente se entregaba. El “trabajo” romano no se pensaba como expresión de una voluntad, sino como el alquiler de una cosa; la finalidad es la “cesión de uso”.

En el medioevo la relación de vasallaje dio origen al contrato de servicio fiel; el servidor se presenta con las manos atadas para crear una relación duradera, con un fuerte deber de fidelidad. El cambio se produce porque el contrato era celebrado con una persona, pero su sujeción era permanente. De ahí tomamos el empleo doméstico, tal vez la más antigua configuración del contrato de servicios, y en el que es patente la integración familiar, la fiducia y la vocación de perdurabilidad del vínculo que tienen sus raíces en ese modelo. También es un buen ejemplo el contrato de aprendizaje, entre el maestro y el alumno, mediante el cual se ingresaba en la comunidad doméstica del maestro. Los incumplimientos fundamentales son vinculados con la buena fe-fidelidad.

Más adelante, en economías monetaristas, la *locatio* se transformó en un intercambio que involucraba un precio. Además, perdió su carácter restitutivo de cosas para ser una obligación de hacer (artículo 1623, Código Civil). Estas nociones se reelaboraron en la obra de Pothier, que divide la locación de cosas y de obra, y dentro de esta última admite subdistinciones. El Código napoleónico, que admite el distingo, regula la locación de cosas y la de obra, dentro de la cual engloba a los servicios.<sup>1</sup> Llegamos así al intercambio de trabajo humano autónomo (consistente en el producto del trabajo o en el trabajo en sí mismo) por un precio.

El contrato de trabajo industrial ya no se articula sobre el paradigma de la cesión de uso, de la familia, sino del dominio. El “elemento personal” es un “recurso” de la empresa, y se establece un “vínculo dependiente”, subordinado a las directivas del empleador y con suje-

<sup>1</sup> Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1979, t. VIII, p. 189.

ción económica. En una reducción conceptual podría decirse que la actividad humana como “recurso” es “comprada”; se paga un “precio” que “cosifica” a la prestación, conformándose un intercambio patrimonial correspondiente.

Finalmente, debemos tener en cuenta la economía de servicios de la actualidad, que muestra un vigor sin precedentes en los periodos anteriores. Ya no es el artesano ni el vasallo ni el obrero que se relacionan con el principal, sino grandes o pequeñas empresas las que prestan servicios a los consumidores o a otras empresas. Aparecen los servicios médicos y de abogados, los vinculados a la construcción, el *management*, la gestión, la auditoría, las vinculaciones entre los deportistas y los clubes, los servicios bancarios, los de turismo, informáticos, etcétera. En estos casos aparece la relación entre expertos y profanos, las relaciones de cautividad, los contratos conexos y unas relaciones jurídicas de extrema complejidad y flexibilidad.

En este último sector se debe adicionar un importante elemento, que es la economía global, que introduce una serie de estándares internacionales en la prestación de los servicios que significan un mayor nivel de homogeneidad transnacional. Ello significa que las costumbres comienzan a tener características similares en una gran parte del mundo y, por lo tanto, también comienzan a acercarse las regulaciones normativas.

## II. Clasificación de los servicios

En virtud de esta breve descripción, arribamos a una primera conclusión, cual es la generalidad del vocablo “servicios” y la multiplicidad de significados.

Por esta razón, en la situación actual, ya no es posible utilizar este vocablo sin aditamento alguno, sino que, por el contrario, deben especificarse los diferentes tipos.

En relación con ello pueden efectuarse las siguientes distinciones.

### 1. *El trabajo dependiente*

Se trata de un vínculo de colaboración mediante el cual el empleador requiere del trabajador la prestación de una actividad en forma

onerosa, sin garantía de resultados, sin asunción de riesgos, bajo la dirección jurídica del titular del interés. La calificación como contrato de trabajo surge cuando hay subordinación jurídica, económica, técnica, y asunción de riesgos por parte del empleador. La mencionada dependencia justifica la creación del principio protector del trabajador-prestador del servicio. El contrato está regulado en la ley laboral industrial (20.744) y agraria (ley 22.248). La política legislativa enfoca el problema entre el empleado y su empleador, la colaboración interna y la organización del trabajo eficiente.

## 2. *El servicio autónomo*

Se trata de un vínculo de colaboración mediante el cual el titular del interés requiere del prestador una actividad en forma onerosa sin garantía de resultados, pero a diferencia del caso anterior, los riesgos son a cargo del prestador y no hay dependencia jurídica, económica ni técnica. Se trata de servicios contratados entre particulares, en los que se pone una competencia específica a disposición de otro para satisfacer su interés. El interés no está comprometido *in solutione*, como medio de pago, sino *in obligatione*, y por lo tanto es una medida de interpretación de la extensión de la obligación, pero no importa que se satisfaga plenamente como ocurriría si se obligara a un resultado. El problema que regula el legislador es la colaboración entre ambos para obtener el fin propuesto, y la protección de ese valor cognoscitivo que aporta el prestador. El servicio es intangible, se agota con el consumo inicial y desaparece, lo que lo diferencia de la obra, que es susceptible de entrega y reproducible. El servicio no está destinado al consumo final ni hay un supuesto de subsunción en la normativa de protección del consumidor.

## 3. *El contrato de obra*

Se trata de un vínculo de colaboración mediante el cual el titular del interés requiere del prestador una obra en forma onerosa. En la locación de servicios se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad; en la locación de obra se contrata a la utilidad producida por la actividad de esa persona. La obra es un trabajo determinado, una

utilidad abstracta que debe ser susceptible de reproducción y entrega, porque el locador de obra no se obliga solamente a hacer, sino a entregar la obra.

#### 4. *El servicio autónomo a los consumidores*

En los servicios que se dan al consumidor, el protegido es el receptor y no el prestador como en el derecho del trabajo, porque el primero es el contratante débil. No hay una distinción relevante entre obra y servicio ni entre obligaciones de medios y resultados. La calificación se produce cuando se encuentran reunidos los elementos previstos en los artículos 1o. y 2o. de la ley 24.240.

### III. La parquedad de la ley

Frente a la señalada exuberancia de la realidad nos encontramos con la parquedad de la ley.

El Código Civil de Vélez Sársfield destinó unas pocas disposiciones a la contratación de servicios: seis artículos (artículos 1623 a 1628) específicos para la *locatio*, que además de la insuficiencia, exhiben una obsolescencia terminológica. En las obligaciones de hacer, que constituyen el aspecto nuclear del contenido debitorio, hay siete artículos (artículos 625 a 631).

Es habitual afirmar que hay una verdadera insuficiencia del Código Civil en este aspecto.<sup>2</sup> Consecuentemente, no hay una regulación legal para dar cabida a las innumerables cuestiones que se plantean.

### IV. Los conceptos de la dogmática jurídica

En el plano de las elaboraciones doctrinarias, nuestro parecer es que el excesivo apego a las clasificaciones, a la derivación dogmática, ha sido pernicioso en este aspecto.

La dificultad no es sólo la insuficiencia legal, sino el desencuentro entre las tipologías contractuales ensayadas y los servicios.

Veamos seguidamente por qué.

<sup>2</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. III, especialmente p. 137.

1. *La tesis tripartita*

Siguiendo el modelo romano y la pandectística alemana, se distinguió entre nosotros tres tipos de locaciones: de cosas, de obra y de servicios. A *posteriori*, con el surgimiento de la legislación laboral, se indicó que en lo que hace al trabajo humano hay tres regulaciones distintas: laboral, locación de obras y locación de servicios.<sup>3</sup>

Casi todos los autores coinciden en señalar que la locación de servicios cumple un papel menor, destinado a fijar las relaciones jurídicas derivadas del contrato de un carpintero o de un albañil.<sup>4</sup>

A ello debe agregarse que a la hora de distinguir entre la locación de obra y de servicios, es común señalar que en la primera se compromete una obligación de resultados y en la segunda una obligación de medios. A renglón seguido se afirma que en las obligaciones de resultado hay una imputación objetiva y en las de medios es subjetiva. Ha tenido influencia en este esquema la doctrina española.<sup>5</sup>

La primera crítica que se puede hacer es que hay una distancia enorme entre el papel menor que se adjudica a los servicios y la im-

<sup>3</sup> Entre muchos otros: Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 542, nota 13; Mosset Iturraspe, *op. cit.*, nota anterior.

<sup>4</sup> Este enfoque lo ratifica el proyecto de la Comisión Federal de Reformas al Código Civil, que en este aspecto minusvalora la locación de servicios. El proyecto de la Comisión Federal señala que se mantiene el carácter "residual" de la locación de servicios para aquellos trabajos que, por su índole, escapan a la relación laboral; en realidad, la reforma le dedica un sólo artículo, el 1627, para referirse al precio no pactado. En la locación de obra se introducen algunos aspectos relativos a la recepción de la obra, provisoria y definitiva, por lo que no se deduce de ello una admisión expresa de los servicios profesionales. En consecuencia, se deja de lado la solución del proyecto de 1987 que tipificaba al contrato como de locación de obra intelectual. Tampoco se ha definido típicamente un contrato de servicios ni se ha dado ninguna pauta para la calificación. El proyecto se inclina decididamente por la tesis tripartita.

<sup>5</sup> En el derecho español, el artículo 1544 dispone que en el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto. En la doctrina española (Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, 1988, t. 4, p. 471; Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1989, t. II, vol. II, p. 299; Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1986, vol. 3, p. 271) se indica que la diferencia es que el servicio compromete medios y en la obra resultados. Luego dicen que los servicios dependientes son motivo del derecho laboral, no civil, y que las profesiones liberales son contratos de servicios.

portancia que éstos tienen. Cuando se trata de servicios entre empresas o entre iguales, es de gran relevancia examinar la prestación comprometida, y en este aspecto los servicios ofrecen una enorme variedad. Bien lo decía Díez-Picazo al señalar que no tenemos una teoría de las obligaciones de hacer, adecuada a la nueva economía de servicios. En virtud de la minusvalía a que se lo ha sometido, no hay instrumentos para resolver la cuestión.

La segunda observación es que aquí sólo se contempla el problema del prestador, estando ausente el receptor del servicio, y sobre todo una categoría especial de receptores: los consumidores.

La tercera es que en las leyes de protección al consumidor, habitualmente no se distingue entre medios y resultados, obras y servicios, englobándose todos en un mismo concepto prestacional.

Finalmente, corresponde recordar que Vélez Sársfield reguló la locación de servicios como contrato que daba origen tanto a obligaciones de medios como de resultado o servicios u obras, indistintamente; lo que pretendió regular es el trabajo autónomo.

De igual modo, Freitas entendió que los servicios se refieren a toda clase de servicio o trabajo (artículo 2696) que se separa del servicio doméstico (artículo 2707), del de los obreros (artículo 2734), y de la empresa de obra (artículo 2744).

La base del distingo no es la obra o el servicio sino el carácter autónomo del trabajo.

Al no dar cabida a estas demandas, la tesis tripartita da poca solución a los temas profesionales.

## 2. La tesis bipartita

Para una importante corriente de opinión, el contrato de servicios ha desaparecido frente a la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo.<sup>6</sup> Esta idea se basa en un modelo bipartito: el contrato de trabajo y el de empresa.

<sup>6</sup> Cfr. Spota, Alberto J., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, vol. V, p. 157; Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. 2, p. 9.

El contrato de empresa engloba a las locaciones de servicios autónomas y a las típicas locaciones de obra.<sup>7</sup>

Esta concepción tropieza con la estrecha definición de “obra” que hay en nuestra doctrina: se la identifica con el éxito, con la satisfacción del interés. En este sentido, los servicios autónomos no contienen habitualmente obligaciones de resultado, por lo que no tendrían cabida. Asimismo, los prestadores de servicios autónomos serían imputados objetivamente, lo que evidentemente sería injusto.

De este modo, los servicios autónomos no encuentran cabida en este esquema.

### 3. *La asimilación entre locación de obra-obligación de resultados y locación de servicios-obligaciones de medios*

Es sostenido por algunos autores que el verdadero criterio distintivo entre figuras de la locación radica en el hecho de que el locador de obra promete un resultado, mientras que el trabajador sólo empeña su fuerza de trabajo, es decir, asume una obligación de medios. De ello deviene una vinculación simétrica entre locación de servicios y obligaciones de medios, por un lado, y entre locación de obra y obligación de resultado, por la otra. Esta simplicidad resulta peligrosa cuando se la aplica sin mengua alguna para clasificar un sustrato material más heterogéneo. Así, en relación con los servicios médicos, se afirma que los facultativos asumen usualmente una obligación de medios, lo que significa que generalmente el contrato es una locación de servicios, salvo casos tales como la cirugía estética, intervenciones simples, o bien la actividad de anatomopatólogos y biólogos. Alsina Atienza intenta buscar soluciones al problema y cree factible la concertación entre un facultativo y su paciente de una locación de obra, siendo que el *opus* puede implicar un resultado favorable, o bien la actividad tendente a lograrlo. Ello se conecta con la distinción entre resultado inmediato y mediato; cuando se garantiza sólo el primero (ejecución técnica de la obligación con la prudencia y diligencia mediatamente exigibles) entra en juego una obligación de medios. Cuando el hecho objeto de la pres-

<sup>7</sup> Llambías, Jorge J. y Alterini, Atilio A., *Código Civil comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III-B, artículo 1623.

tación se acerca al resultado mediano, se perfila una obligación determinada. Agrega por fin que en las prestaciones cuyo resultado ulterior encierra un margen de aleatoriedad (intervenciones quirúrgicas), sólo se promete la ejecución técnica de las mismas con la prudencia exigible, mas no la curación. Es en definitiva el resultado inmediato conformado por una obligación de medios.<sup>8</sup>

Nos permitimos notar aquí una evolución en la doctrina que revela un aflojamiento con respecto a ciertas ataduras dogmáticas. En una primera postura se advierte con claridad una interacción directa entre pares binarios de clasificación: a la obligación de medios le corresponde la locación de servicios; a la obligación de resultado, la locación de obra. Un segundo tramo de ese proceso sugiere la entrada de la obligación de medios en la locación de obra (Alsina Atienza), “mezclándose” así los términos. El *opus* puede consistir en una actividad, una “ejecución técnica”, pero con una importante limitación: cuando se promete una obligación de resultado. Se insiste en que sólo se promete la ejecución técnica, con la debida prudencia y diligencia, pero no entra en ese ámbito la curación, el resultado mediano. Se trata el resultado mediano (mejoría) como elemento tabú, como un componente del contrato médico, pero lo suficientemente alejado como para que no perturbe. Se corre así el riesgo, no demasiado infrecuente, de que la ejecución técnica exigible (tratada como obligación de medio o resultado) carezca de la definida coloración que le otorga la presencia, ante el intérprete, del resultado mediano como dato imprescindible para evaluar aquella ejecución.

Si lo que se quiere es salvaguardar la posición del médico en aquellas situaciones que encierran un amplio margen de aleatoriedad para la prosecución de la curación, parece más apropiado hacer la distinción que establece Spota entre el resultado prometido y la garantía de su eficacia.<sup>9</sup> El facultativo promete aplicar todos sus esfuerzos para alcanzar el resultado pretendido, mas como dice Spota, “con frecuencia no es posible hablar de resultado alcanzado sin que éste se caracterice por su eficacia”.

<sup>8</sup> Alsina Atienza, Dalmiro, *La carga de la prueba en la responsabilidad civil del médico*, en J. A. 1958-III-589.

<sup>9</sup> Spota, *op. cit.*, nota 6, t. V, p. 206.

De todos modos, no es posible sostener estos denominados pares binarios. Si el médico promete en general una obligación de medios, resulta celebrar una locación de servicios, pero si en el transcurso de la prestación debe desarrollar obligaciones de resultado, tendríamos una locación de obra.

Todo este esquema resulta absolutamente intrincado e inútil.

#### 4. Los servicios como trabajo autónomo

La ley con su parquedad, la doctrina y la jurisprudencia con las tesis “bipartita” y “tripartita” que hemos descrito, han creado un cerrado círculo hermenéutico que no da cabida a los servicios, tal como los comprende la economía contemporánea.

La única solución, acorde con los tiempos actuales, es considerar que el contrato de servicios es autónomo.<sup>10</sup>

Este enfoque fue sostenido por Llambías y Alterini,<sup>11</sup> lo indicamos nosotros en materia de profesiones liberales,<sup>12</sup> y es receptado en el

<sup>10</sup> En el proyecto de la Comisión del Poder Ejecutivo de 1993 se regula el contrato de obra, que es aquel en virtud del cual una parte se obliga a ejecutar un trabajo determinado sin relación de dependencia. Una de las especies es el contrato de prestación de servicios profesionales (título VIII), calificando como tales a los que contaron con una preparación y calificación especial que los habilite para realizar actividades para otros y percibir por ello una retribución (artículo 1214). Se elimina de este modo la locación de servicios, regulándose el trabajo autónomo en la locación de obra y el dependiente es recogido en la legislación laboral.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, nota 7. Es la tesis del Código Civil italiano (el Código italiano dispone una regulación específica del trabajo, en la que regula el trabajo profesional —artículo 2229—, el trabajo en la empresa —artículo 2082— y el contrato de obra —artículo 222—). El contrato de obra puede implicar la promesa de un resultado o de un servicio, pero sin subordinación, y con una prestación personal. El contrato de empresa implica una organización y no se realiza con trabajo propio. Al respecto, Francesco Messineo (*Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ejea, 1979, t. V, p. 196) dice que los contratos de obras y servicios se caracterizan por ser autónomos y prometerse un resultado de trabajo, un *opus*, en contraposición a las *operæ*, que son materia laboral. El *opus*, en el caso del servicio, consiste en una producción de utilidad, sin transformación. En el caso de la actividad profesional, el resultado consiste en el éxito final de la actividad, pero no en el sentido de una ventaja final (ganar un pleito) (p. 241). Lo esencial aquí es que el trabajador autónomo o la empresa preste la obra o servicio a su propio riesgo (Trimarchi, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, 8a. ed., Milán, Giuffrè, 1989, p. 490).

<sup>12</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986, pp. 139 y ss., y en la última edición, t. I.

proyecto de unificación de 1987, en el proyectado artículo 1625 y en las notas explicativas.

El contrato de servicios es una “matriz jurídica”, un género del cual se desprendieron la locación de cosas, la de servicios, la de obra, el contrato de trabajo, los servicios públicos y los destinados al consumidor. Estas regulaciones pretenden solucionar conflictos totalmente distintos.

El régimen laboral enfoca el problema entre el empleado y su empleador y no se ocupa de las relaciones entre el prestador de servicios y los clientes. Su centro de interés es la organización del trabajo eficiente en la economía de mercado y por ello la colaboración es interna.

Asimismo, la dependencia económica *lato sensu* justifica la creación del principio protector del trabajador-prestador del servicio.

En los servicios que se dan al consumidor la situación es inversa. El protegido es el receptor y no el prestador como en el derecho del trabajo, porque el primero es el contratante débil.

El problema que intenta resolver el legislador es la regulación de una competencia adecuada en el mercado que garantice un acceso continuo a bienes que se consideran importantes, y la protección de la vida y salud del consumidor. Por esta razón es una normativa que pone la atención en el receptor del servicio y no en el prestador, como lo eran las diversas clases de *locatio* romanas.

Al mantener su atención en el receptor, el legislador no se interesa mucho por las discriminaciones en las obligaciones del prestador; sólo le interesa su responsabilidad. Por ello se advierte cierta simplificación en las leyes de protección del consumidor, que hablan genéricamente de proveedor profesional de servicios. En los servicios que se dan a los particulares individualmente y a las empresas hay una relación económicamente igualitaria. Aquí aparece en toda su magnitud el vocablo “servicio”, que supone hacer algo para otro, satisfaciendo su interés. Ese servir tiene un “valor”, una competencia específica que circula en la economía de mercado.

El problema es aquí la colaboración entre ambos para obtener el fin propuesto, y la protección de ese valor cognoscitivo que aporta el prestador. De ahí las leyes de protección de derechos intelectuales que tienden a reafirmar ese valor.

De modo que aquí resulta relevante definir con claridad ese interés, y auscultar en las obligaciones del prestador minuciosamente. Es necesaria una teoría de las obligaciones de hacer que dé respuesta a ello. También se interesa el legislador por distinguir el “modo” en que se presta: si es en forma de empresa o individual. Serán distintas las regulaciones.

Por ello hay una crisis de la dogmática al pretender adecuar los problemas a las clasificaciones y no a la inversa. El contrato de servicios es un tipo que se refiere al trabajo autónomo, con lo que se diferencia del trabajo dependiente. Como servicio autónomo, incluye tanto medios como resultados.

## V. El distingo entre el contrato de trabajo, de servicios y de obra

Conforme a lo expuesto en la parte anterior, corresponde ubicar sistemáticamente al contrato de servicios, diferenciándolo, en primer lugar, del trabajo dependiente, y luego, ya dentro de los servicios autónomos, distinguiremos entre locación de servicios y de obra, y luego entre los servicios paritarios y a los consumidores.

### 1. *El servicio dependiente: el contrato de trabajo*

Corresponde precisar el concepto de dependencia.

La ley argentina disciplina al contrato de trabajo industrial en la ley 20.744 y al agrario en la ley 22.248. Para ellas el trabajo es una actividad que se presta en favor de quien tiene la facultad de dirigirla (artículo 4o., LCT), y el objeto del contrato es “prestar servicios” bajo la dependencia de otra persona (artículo 21, LCT). A los fines de tipificar un vínculo como laboral es necesario precisar el concepto de dependencia, admitiéndose que ésta presenta tres aspectos: jurídica, económica y técnica.

En el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador.<sup>13</sup> Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que, al contrario de la locación (ar-

<sup>13</sup> Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 274.

título 1630, Código Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, gane o pierda el empleador en su actividad.

El trabajador “depende” de ese ingreso para su subsistencia. Por ello, aunque hay una gran variedad de remuneraciones que es posible pactar entre obreros y patronos (fijas, variables, cuotificadas, etcétera), lo importante es la función económica de la prestación dineraria. En el contrato laboral la obligación dineraria tiene una función retributiva, que pactan las partes. Pero además, la ley le asigna, como mínimo, la función de asegurar alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión (artículo 116, ley 20.744). De esta causa económico-social que se le asigna surge claramente el desnivel económico.

Para algunos, esta enajenación de la energía de trabajo es un elemento fundamental para la calificación.<sup>14</sup> Sin embargo, aunque la dependencia económica es el elemento fundante del principio protector, no es suficiente para la tipificación. Ello es así porque hay casos en que no se “depende” económicamente y hay vínculo laborativo.

Por esta razón se buscó un criterio más seguro en el dato jurídico.

El dependiente está sometido al poder de dirección del empleador, a una dirección ajena, y en ese sentido es heterónomo.<sup>15</sup> Ello es así porque la prestación está encaminada a satisfacer una demanda indirecta: la clientela le llega al trabajador a través de su empleador. Por ello el empleador fija las modalidades de prestación, “dirigiendo” el servicio del dependiente. La ley 20.744 le concede expresamente ese derecho (artículo 64, ley 20.744).

Hay distintas graduaciones del concepto. Hemos dicho que la dependencia se caracteriza por ser algo más que una simple “injerencia”, ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al “elemento personal”, al obrero, quien está jurídicamente subordinado. El obrero se pone a disposición de los requerimientos del empleador.<sup>16</sup> En este senti-

<sup>14</sup> López, Justo *et al.*, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1978, p. 179; Perugini, Eduardo, *Algunas consideraciones sobre la dependencia laboral*, en D. T. 1874-225.

<sup>15</sup> Krotoschin, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 102; Vázquez Vialard, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 2, p. 331.

<sup>16</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos médicos*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 81.

do, se ha dicho que no es necesario que exista un ejercicio efectivo del poder de mando por parte del empleador; es suficiente la posibilidad jurídica de mando, ya que “la dirección y la fiscalización son los dos polos de la subordinación jurídica”.<sup>17</sup> Como lo señalara Hedemann, “la más importante consecuencia es que en el contrato de servicios el obligado a ellos cede su derecho de autodeterminación”.<sup>18</sup>

El poder de dirección afecta aquellos aspectos estructurales: el patrón puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda en el sentido de fijar su ritmo, etcétera.

¿Qué límites tiene este poder? La ley establece que debe ejercerse “con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador” (artículo 65, ley 20.744). Esa función a que hace referencia la ley es, a nuestro juicio, la causa económico-social que ilumina el contrato que el empleador hace con el tercero. Esta nota es muy importante por ejemplo en los contratos que celebran médicos dependientes; el poder de dirección de la clínica no puede estar en contra de la prestación médica a terceros, que es la función de la empresa; no podría darle indicaciones que prioricen la rentabilidad, un número de intervenciones quirúrgicas mensuales, etcétera.

La violación de las órdenes que da el empleador es un incumplimiento contractual que puede dar lugar a penalidades como la suspensión disciplinaria, cuando está prevista legalmente (artículo 67, ley 20.744).

El no uso del poder de dirección en aspectos concretos no invalida la existencia del vínculo dependiente. Por ejemplo, si no se le exige al operario que preste servicios en un local suministrado por el empleador, ello no obsta a que haya trabajo, aunque es un elemento que sirve también como indicio para la calificación. Más aún, puede un dependiente como el abogado trabajar en su estudio; lo que interesa es que la demanda sea derivada por el patrono y que además exista subordinación.

<sup>17</sup> López, Guillermo, *Reflexiones sobre la naturaleza de la vinculación de los médicos de cabecera del sistema Pami*, en D. T. XLVII-A-635.

<sup>18</sup> Hedemann, Justus W., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, vol. III, p. 398.

De igual modo sucede con el cumplimiento de un horario, ya que puede haber autonomía en ese sentido. Tampoco obsta a la existencia de relación dependiente la falta de exclusividad.

El otro elemento, la fiscalización, supone la facultad de un control continuo que generalmente se revela en la posibilidad de que el empleador guarde toda la documentación que registra la cantidad y calidad de las prestaciones, pudiendo efectuar controles y auditorías (artículo 70, ley 20.744).

La dependencia técnica es la posibilidad de ordenar el modo en que se realiza la prestación. Tiene su límite en la “discrecionalidad técnica” que se les reconoce a ciertos trabajadores. Esto último sucede cuando alguien tiene alguna competencia específica, una “profesionalidad”. Es claro que el médico puede decidir por sí mismo cómo se cura a un paciente, porque para ello tiene discrecionalidad técnica. Este elemento no es esencial, puede existir o no en el contrato laboral.

Se ha dicho que el dependiente compromete un obrar, una actividad, no una obra. No es una prestación aislada, sino una “dirección de vida”,<sup>19</sup> y de ello deviene una prestación efectiva e infungible de él hacia el empleador.

Es característica una temporalidad indeterminada (tracto sucesivo), distinta de la accidentalidad típica de la locación de obra. Ello no empuja a que una prestación discontinua o sin horario fijo sean laborales, porque lo que interesa es el tracto sucesivo. Por otra parte, puede haber una prestación de servicios continua y autónoma, como la que surge en el contrato de suministro de servicios.

Algunos autores<sup>20</sup> señalan que, en realidad, desde el momento en que el obrero pone su elemento personal dentro de una organización empresaria, hay relación de dependencia.

El criterio objetivo parece demasiado amplio, ya que hay situaciones en las que no resulta aplicable: es el caso de profesionales que ocasionalmente prestan servicios en una empresa.

<sup>19</sup> *Ibidem*, vol. III, p. 412.

<sup>20</sup> García Martínez, Roberto, *La relación de dependencia en la Ley de Contrato de Trabajo*, L. T. XXV.687. En apoyo de esta tesis: “Si se probó la inserción del profesional en una organización ajena que diseñe el esquema dentro del cual se debía mover y que logra su finalidad empresaria con el servicio prestado por aquél, cabe concluir en la existencia de relación de dependencia” (CNAT, sala IV, D. T. 1992-A-903).

Sin embargo hay un elemento importante, que es el análisis de la causa del contrato que celebra el empresario con los terceros y para cuyo cumplimiento necesita del dependiente. La finalidad del negocio, que es un elemento tipificador. Cuando el dependiente, aun actuando fuera de la empresa, se dedica a una gestión típica de ésta, es en sí mismo un “medio”, un “recurso” de la empresa; sirve a la actividad comercial del principal. Asume como propia la causa del negocio que el patrono celebra con terceros; su prestación se colorea nítidamente con esos fines.

Ésta es una asunción típica del vínculo dependiente que se trasunta en una colaboración permanente con los fines de la empresa. De ello deriva el poder disciplinario y el deber de fidelidad.

## *2. La colaboración autónoma y dependiente*

En la colaboración hay una finalidad común, un contrato con un tercero que uno no puede hacer sólo y entonces delega en otro. Consecuentemente, hay una función de cooperación de las partes para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del vínculo. Existe un objetivo que gravita de tal manera que sobredetermina a las partes, haciendo que ellas realicen a través del medio contractual las aportaciones pertinentes para su logro. Ese fin puede consistir en una gestión a realizar (mandato, locación de servicios), en un resultado a obtener (locación de obra) o en una utilidad a conseguir y dividir (sociedad). La presencia de un interés hace que también exista un titular del mismo que delega. Una de las partes delega quehaceres que le son propios, y la otra gestiona una actividad objetivamente ajena, con o sin representación.

En virtud de la titularidad del interés, a una de las partes se le concede el derecho de señalar cómo debe desarrollarse el encargo: el mandatario debe ajustarse a las instrucciones, el locador de obra debe ajustarse a las instrucciones del dueño. Por ello, en los negocios de colaboración autónomos hay una intromisión del titular del interés sobre la actividad de quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo.

Esto es distinto en el contrato de trabajo.

Al contrario de la regla general, no es el colaborador quien está en relación con el tercero. Es el titular del interés (patrón) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo “instrumental”. Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia.

El contrato de trabajo es un negocio de colaboración dependiente.<sup>21</sup> Pero la dependencia se caracteriza por ser algo más que una simple “injerencia”, ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al “elemento personal”, al obrero, quien está jurídicamente subordinado.

### 3. *El servicio autónomo: locación de servicios y de obra*

Hemos señalado que el contrato de servicios no se identifica con el de trabajo dependiente. Dentro del campo del trabajo autónomo es necesario distinguir entre la locación de obra y de servicios, por sus importantes consecuencias en punto a las obligaciones, pero esta tarea no es sencilla y amerita una profundización.

#### *A. El 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. Puede también señalarse que su naturaleza es cambiante; por ejemplo, si los trabajos de reparación en una fábrica son realizados por sus obreros, no se los computa como servicios, pero si los hace una empresa contratada, serían “servicios”.<sup>22</sup> Se caracterizan porque agregan valor aportando una tecnología propia de la información. El conocimiento parcelado, la desintegración productiva y la informática favorecen la especialización en un área del conocimiento. El que presta un servicio aporta un *know-how* y lo hace a un menor costo que el que tendría quien lo recibe si lo hiciera por sus propios medios. Esto dibuja una brecha tecnológica, aunque no económica, entre el prestador del servicio y el usuario.

La economía distingue entonces entre el servicio y el producto, de un modo análogo al distingo entre compraventa y locación de servi-

<sup>21</sup> Krotoschin, *op. cit.*, nota 15, p. 102.

<sup>22</sup> Porter, Michael, *La ventaja competitiva de las naciones*, Buenos Aires, 1971, p. 322.

cios. No obstante, se observa que en algunos servicios públicos (teléfonos, electricidad) se da una cosa a cambio de un precio, lo que puede generar confusiones.

En el régimen del Código Civil de Vélez Sársfield puede contratarse un trabajo proveyendo la materia principal (artículo 1629, Código Civil), y por eso la ley los denomina adecuadamente “servicios” (cfr., por ejemplo, ley 23.696).

Hay dos elementos que nos parecen decisivos para señalar que aquí hay un hacer y no un dar:

No es la entrega del teléfono como cosa lo que interesa. Si el teléfono que conocemos fuera reemplazado por otro, no desaparecería el “servicio”, lo que muestra que la “cosa” no es determinante. Lo que constituye el objeto es la posibilidad de comunicarse con otro, lo que incluye, además del teléfono, muchas otras actividades complementarias. Por esta razón, la prestación no se agota con la instalación del aparato, y es continua, de tracto sucesivo.

Por otra parte, en el servicio, el proceso de fabricación no le es indiferente al consumidor. En virtud de ese interés jurídico, el precio se vincula más con la actividad que con la cosa en sí, puesto que es el “hacer” el que agrega un valor específico.<sup>23</sup>

De modo que el servicio puede caracterizarse como una actividad, y así lo hacen las leyes de defensa del consumidor.<sup>24</sup>

Concluyendo: el servicio involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puedan darse, son accesorios de la finalidad principal.

<sup>23</sup> Sobre este distingo véase Alterini, Atilio A., “Obligaciones de hacer”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, p. 689; López de Zavallía, Fernando, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallía, 1985, t. 2, p. 25; Spota, *op. cit.*, nota 6, t. V, p. 292.

<sup>24</sup> Por ejemplo Brasil, ley 8078, artículo 3o., inciso 2: “servicio es cualquier actividad ofrecida en el mercado de consumo mediante remuneración”; artículo 2o. de la propuesta directiva de la Comunidad Económica Europea sobre responsabilidad del prestador de servicios, del 18 de enero de 1991 (se puede ver un excelente comentario de este proyecto en Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La responsabilidad profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea”, *Las responsabilidades profesionales. Homenaje al Dr. Luis Andorno*, Buenos Aires, La Plata, 1992, p. 291). El proyecto de directiva de la CEE dispone que es servicio “toda prestación cuyo objeto directo y exclusivo no es la fabricación de bienes o la transferencia de derechos reales” (artículo 2o.).

En algunos de estos servicios hay una prestación continua, reiterada, y se constituyen en contratos de suministro.<sup>25</sup>

### B. *El servicio como actividad intangible*

El trabajo autónomo puede encerrar dos formulaciones: un servicio o una obra. Examinaremos el primero.

Desde el punto de vista del receptor, la actividad es intangible, se agota con el consumo inicial y desaparece. Este dato ha sido puesto de relieve para justificar la inversión de la carga de la prueba, porque quien recibe el servicio no puede demostrar nada una vez que la actividad se prestó (propuesta directiva de la CEE, 18 de enero de 1991).

## 4. *La noción de obra*

### A. *La noción de resultado como producto de la actividad*

Dice Gierke<sup>26</sup> que en el medioevo la locación de servicios implicaba siempre una “relación de fidelidad jurídico-personal”, mientras que la locación de obra se dejaba para los casos en que se contrataba un trabajo independiente. Por ello eran contratos de obra los de los artistas, maestros, abogados, etcétera.

Dice el autor citado que la función del contrato de servicios continúa siendo la organización del trabajo mediante su inclusión en un conjunto dirigido por el señor; es un negocio de organización. En cambio, la locación de obra, siendo su función el contrato de trabajo independiente, es un negocio de intercambio.

En la locación de obra se pretende la obtención de un resultado, y no sólo la actividad de trabajo.<sup>27</sup> Es interesante en este aspecto la regulación del Código Civil de Portugal.<sup>28</sup>

No es el servicio en sí sino el resultado del trabajo.

<sup>25</sup> Santos Briz, Jaime, *La contratación privada*, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 340.

<sup>26</sup> Gierke, Otto von, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, Civitas, 1989, p. 29.

<sup>27</sup> Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, t. 2, vol. 2, p. 230.

<sup>28</sup> El Código Civil portugués fue innovador en la materia, ya que fue uno de los pocos que se apartó del término “locación”, para hablar de “prestación de servicios”. Co-

En la locación de obra, el trabajo es un medio y el objeto propio es la utilidad abstracta que se puede obtener. En la locación de servicios, el trabajo es un fin, y el objeto del contrato es la utilidad concreta que se deriva del trabajo. En la locación de servicios se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad; en la locación de obra se contrata a la utilidad y la persona sólo es relevante en los supuestos en que sea *intuitu personæ*. En el vocabulario común se dice: “contraté a Fulano para tal trabajo” (locación de servicios), o “contrate este trabajo con Fulano” (locación de obra).<sup>29</sup>

El precio de la locación está relacionado con la entidad de la obra, sin atención a la duración del trabajo. En cambio, en la locación de servicios, el precio se paga en relación al tiempo de duración del trabajo.<sup>30</sup> Sin embargo, el distingo es accesorio y no determinante, ya que pueden darse numerosos supuestos en que las cosas se combinen.<sup>31</sup> Es en este sentido histórico que debe entenderse la noción de resultado. Se alude a que se contrata “el producto del trabajo”, y no se hace referencia alguna a la garantía del éxito, como se entiende en el distingo entre obligaciones de medios y resultados.

### B. La noción de obra como bien reproducible

En la locación de obra se contrata la utilidad de la persona y no a la persona en cuanto es útil. Este “producto” de la actividad tiene una característica en nuestro derecho: debe ser reproducible.

mentando ese Código, hoy derogado, señala Luiz da Cunha Gonçalves (*Tratado de direito civil, en comentario ao Código Civil português*, São Paulo, Brasil, vol. VIII, t. II, p. 695) que el contrato de servicios es aquel en el que una de las partes se obliga a hacer algún trabajo físico o intelectual o ejecutar algún servicio pedido por otra mediante una cierta remuneración. De este contrato surgen tres categorías principales: el servicio físico, en dependencia; el intelectual de las profesiones liberales, y el de empresa. El contrato de *empreitadas* surge cuando alguien se encarga de hacer cierta obra para otro. El Código actual dispone que “el contrato de servicio es aquel en el que una de las partes se obliga a proporcionar a otra un cierto resultado intelectual o manual...” (artículo 1154), lo que significa que se compromete el resultado de la actividad, no la actividad en sí misma (Almeida Costa, Mário Júlio, *Noções de direito civil*, 3a. ed., Coimbra, 1991, p. 366).

<sup>29</sup> Rezzónico, *op. cit.*, nota 3, p. 557, nota 33.

<sup>30</sup> Lafaille, Héctor, *Curso de contratos*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. 2, no. 274 y 275.

<sup>31</sup> Enneccerus y Lehmann, *op. cit.*, nota 27, t. 2, vol. 2, p. 231.

Lo que interesa para calificar a la obra es la posibilidad de reproducirla con independencia de su autor. El servicio, por el contrario, es intangible, desaparece al primer consumo y es necesario que concorra el autor para hacerlo nuevamente.

Esta característica surge claramente de la ley 11.723; señala que obra es toda producción científica, literaria, artística, didáctica, cualquiera fuere el medio de reproducción (artículo 1o.); también son obras los comentarios, críticas (artículo 10), los discursos políticos, conferencias sobre temas intelectuales (artículo 27), artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados, informaciones en general que tengan un carácter original (artículo 28), el retrato de una persona (artículo 31), la representación teatral (artículo 51) y la interpretación musical (artículo 56). Como puede advertirse, no importa que la obra sea material o intelectual, ni tampoco que se asiente sobre una cosa. Así definida, la obra es un bien en el sentido del artículo 2312 del Código Civil, ya que es un objeto inmaterial susceptible de valor. En tal carácter es susceptible de entrega (artículo 1636).<sup>32</sup>

### C. La noción de obra como resultado

Otra cosa distinta es si en la locación de obra hay una obligación de resultado o de medios; si hay imputabilidad subjetiva u objetiva.

Esta última acepción hace referencia a que la locación de obra se identifica con las obligaciones de resultado y la locación de servicios con las de medios. En las primeras hay un resultado prometido, mientras que en las segundas sólo se prometen medios, ya que el resultado es aleatorio.

Esta tesis, muy difundida, es para nosotros errónea. Sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse al distingo entre obligaciones de medios y de resultado, lo cierto es que el mismo sirve para definir el contenido de la obligación comprometida, y, en función de ello, para discernir el factor de atribución aplicable al caso.

Este distingo aplicable al contenido prestatorio no puede ordenar la tipificación del contrato.

<sup>32</sup> Cfr. Mares, Horacio, en Etcheverry, Raúl, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 226.

Quienes sostienen que el contrato de servicios profesionales es una locación de servicios, señalan, sin embargo, que en muchos supuestos hay obligaciones de resultado. Así sucede con el dictamen del abogado, con el análisis del bioquímico y con la cirugía estética del médico. Pero no por ello cambia la tipicidad del contrato. Si así fuera habría que concluir con que el contrato que celebra el abogado con su cliente principia siendo locación de servicios, pero si en el transcurso de la relación jurídica se le exige un dictamen, se transforma en locación de obra.

#### D. *La noción de obra como ejecución técnica*

Hemos dicho ya que la obra no necesariamente implica un asentamiento en una cosa, y que se la caracteriza como bien reproducible.

Cabe preguntarse ahora si la obra como producto de la actividad del hombre necesita como carácter esencial su reproducibilidad. Parece más bien que este aspecto es un requisito de su aprovechamiento económico y sobre todo de la aplicabilidad del derecho real. Si la obra no es registrada en algún soporte que la independice del autor, no puede ser susceptible de disponibilidad.

La ley 11.729 se refiere a una “producción” humana, cualquiera sea el procedimiento de reproducción (artículo 1o.). Significa que la reproducción no es la obra sino un requisito de su disponibilidad.

Esta idea se acerca a la noción de obra como “*opus técnico*”. El locador de obra se obliga a “ejecutar una obra” (artículo 1692), es decir que lo esencial es la obligación de hacer.

“Este hacer depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida”,<sup>33</sup> la que se ejerce con una gran discrecionalidad técnica. Este hacer independiente es una obra, que debe ser entregada. Este concepto sostenido por Llambías y Alterini<sup>34</sup> lo indicamos en materia de profesiones liberales,<sup>35</sup> y es receptado en el proyecto de unificación de 1987, en el proyectado artículo 1625 y en las notas explicativas.

En conclusión, la obra es “un trabajo determinado”.

<sup>33</sup> Zannoni, Eduardo A., “La obligación”, *Revista Jurídica San Isidro*, núm. 20, 1983, p. 39.

<sup>34</sup> Llambías y Alterini, *op. cit.*, nota 7, t. III-B, comentario al artículo 1629.

<sup>35</sup> Lorenzetti, *op. cit.*, nota 12, pp. 139 y ss.

## VI. Daños causados a la relación de servicios

La relación que surge del contrato de servicios es, como lo hemos expresado, intangible en términos materiales, pero ello no quiere decir que no tenga protección jurídica frente a las actividades ilícitas de terceros. En estos casos, el contrato es una posición jurídica que es lesionada por un tercero, y ha dado lugar a una antigua jurisprudencia que en materia de servicios tiene una relevancia esclarecedora.

El tema comenzó a ser estudiado en el pasado, cuando un sujeto contrataba a una persona que trabajaba para otro convenciéndola para que renunciara. Cuando se trataba de un “sirviente”, se consideraba que había una suerte de robo porque era “propiedad” del dueño. Ese tipo de interferencia a la propiedad cambió sustancialmente con el surgimiento de la competencia y el mercado, porque se comenzó a incentivar la lucha dura por los recursos. Los excesos en la competencia se consideraron legítimos en la economía de mercado.

Ésta es la regla recibida en las codificaciones del siglo XIX, consagrada a través del principio del efecto relativo. El contrato tiene efectos obligacionales limitados a las partes<sup>36</sup> para impedir que los contratantes puedan obligar a un tercero sin su participación.<sup>37</sup>

Para relativizar esta limitación se ha señalado que la norma se refiere a los efectos jurídicos, pero no a los económicos. En consecuencia, el daño causado a un bien creditorio no entra en la limitación del principio del efecto relativo (artículo 1195, Código Civil).<sup>38</sup>

Llegados a este punto, admitimos que no hay límite y puede reclamarse, pero debemos encontrar los fundamentos.

La antijuridicidad es un problema de conflicto entre principios:

<sup>36</sup> El principio del efecto relativo del contrato está consagrado en el Código Civil argentino, ya que el artículo 1199 dispone que: “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, salvo en los casos de los artículos 1161 y 1162”. A su vez, el artículo 1195 establece que: “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

<sup>37</sup> Trigo Represas, Félix Alberto, “La relatividad de los contratos y su oponibilidad a terceros”, *Estudios en homenaje a G. Borda*, Buenos Aires, pp. 344 y ss.

<sup>38</sup> Salas, Acdeel E., “La regla «res inter alios» acta”, *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 218 y ss.; Bianca, Carlo M., *Diritto civile. Il contratto*, Milán, 1998, p. 535; Trimarchi, Pietro, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, 1983-I-217.

- Una regla de responsabilidad conduce a una restricción de la libertad de comercio, y a una traba en el funcionamiento de la competencia, y ambos bienes tienen protección constitucional.
- Una regla de falta de responsabilidad mejora la competencia, pero puede carecer de incentivos para que las conductas en el mercado sean más honestas, más vinculadas a la buena fe.

El desarrollo de argumentos contradictorios muestra un campo de tensión que requiere de un juicio de ponderación para establecer la conducta ilícita. La cuestión es lograr una regla de responsabilidad que produzca un incentivo de obrar con buena fe, y con la menor lesión posible de la libertad de comercio y de la competencia.

Por esta razón, en general se admite la libertad de competencia sin responsabilidad.

Para que se configure la excepción y surja la responsabilidad se requiere la lesión a un derecho subjetivo fundado en un contrato válido.

Razones de seguridad jurídica fundamentan la necesidad de requerir la lesión a un derecho subjetivo claramente definido en un contrato válido, porque de lo contrario podrían existir numerosos reclamos sin límite alguno, restringiendo gravemente el derecho a la competencia. La jurisprudencia estadounidense ha dicho que es necesaria la afectación de un contrato válido y que permita ejercer una acción,<sup>39</sup> no una

<sup>39</sup> United States Court of Appeals, Ninth Circuit, "Roger D. Knott, Jr.; Carol J. Knott; Bascom Management, Inc., a California corporation, Plaintiffs-Appellants, vs. McDonald's Corporation, a Delaware Corporation, Defendant-Appellee", no. 97-16467, Argued and Submitted June 9, 1998. Decided June 23, 1998. Se demanda al dador de la franquicia por incumplimiento contractual, violación de la buena fe, y por interferencia ilícita en la relación contractual. Los Knotts operaban dos restaurantes McDonald's en el área de San José. En 1995 decidieron vender sus franquicias a los señores Jason and Julie Cartie, que operaban una franquicia de la misma empresa en Nueva York. Celebraron un acuerdo para comprar las franquicias por tres millones y medio de dólares, garantizando a los compradores el derecho de rescindir el contrato. Los Carties usaron ese derecho y abandonaron la propuesta de compra. Los Knotts vendieron luego su franquicia a otras personas por un valor de dos millones ochocientos cincuenta mil dólares. Luego de la venta, demandaron a McDonald's, alegando que ciertas afirmaciones y revelaciones hechas por los representantes eran violatorias de los acuerdos de franquicia que tenían, y causaron la caída del negocio con los Carties. La demanda fue rechazada. El argumento en relación con la interferencia señala que los actores no demostraron tener una acción. Se había invocado que la venta que hicieron a

mera expectativa.<sup>40</sup> En otro caso,<sup>41</sup> una empresa se dedicaba a ubicar teléfonos de otras compañías, que habían usado para la venta a clientes. Cuando se dejaban de usar, esta empresa los utilizaba y así aprovechaba el mercado logrado por este medio. En este caso, la empresa propietaria del teléfono pide una orden de cesación en el uso, a la que el tribunal hace lugar. Se dice en el fallo que el actor tenía una expectativa contractual que fue afectada. Según las leyes de Wisconsin, se reconoce como ilícita la interferencia en una relación contractual cuando se prueba: que hay un contrato o una perspectiva contractual, que hay una interferencia intencional, y que hay una conexión causal entre el acto y los daños, y que no haya una justificación para ello.

El tema está en sus inicios y, por lo tanto, las opciones son: ausencia de responsabilidad o imputación cuando hay dolo. El argumento central es que no puede establecerse una regla imprecisa, basada en la mera ausencia de diligencia o en la imputación objetiva, porque ello produciría una fuerte restricción en el comercio, con daño para toda la economía y los consumidores. Nadie asumiría los riesgos de beneficiar a los consumidores mediante la diferenciación con el competidor, si éste pudiera demandarlo. De allí que se requiere del dolo, o, por lo menos, la clara representación de que se causa un daño.

Como conclusión final puede afirmarse que la teoría dogmática de los servicios requiere de mayores precisiones que las que actualmente tiene, las que deben ser ajustadas a la riqueza que presenta actualmente este sector. Estimamos que la división presentada en este trabajo revela una taxonomía más precisa, que puede contemplar de modo diferente los servicios dependientes de los autónomos, así como los pres-

los segundos adquirentes incluía el derecho a demanda por incumplimiento contractual, y además la circunstancia de que el contrato con los primeros compradores les permitiera la rescisión sin multas, no les daba acción alguna. El tribunal afirmó que la existencia de un contrato válido y una tercera parte que interfiere en él es un elemento esencial para la procedencia de esta acción.

<sup>40</sup> "Pacific Gas & Elec. Co. vs. Bear Stearns & Co.", 50 Cal.3d 1118, 270 Cal. Rptr. 1, 3-4, 791 P.2d 587 (1990). "PMC, Inc. vs Saban Entertainment, Inc.", 45 Cal. App. 4th 579, 52 Cal. Rptr.2d 877, 889 (1996).

<sup>41</sup> United States Court of Appeals, Seventh Circuit. "Duct-o-Wire Company, a California Corporation, Plaintiff-Appellee, vs. U. S. Crane, Incorporated, an Ohio Corporation and Darryl W. Iles", Defendants-Appellants. Decided Aug. 2, 1994.

tados a las empresas y a los consumidores. Asimismo, la definición del servicio como actividad prestacional debe ser abstracta, de modo compatible con la *intangibilidad* material que presentan. Finalmente, la responsabilidad por daños también debe reformularse para identificar el bien jurídico protegido de modo más abstracto y no vinculado a una “cosa”, como fuera en la antigüedad.