UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

CÚMULO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL EN EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES.

LUIS PEDRO CLERC ARAVENA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN

VALDIVIA – CHILE

2014

Universidad Austral de Chile
Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

CÚMULO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES
Luis Pedro Clerc Aravena

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza el trabajo del Sr. Clerc da cuenta con claridad técnica (porque la expresión "cúmulo" en su sentido jurídico es ininteligible para el lego) del problema jurídico que enfrenta, y tiene además el mérito de ser suficientemente conciso. En efecto, el tesista realiza un estudio que –utilizando analógicamente la expresión que se usa para la concurrencia de responsabilidad contractual y aquiliana- se pregunta por la posible concurrencia de responsabilidad contractual (la indemnización correspondiente) y responsabilidad penal (la sanción del delito de estafa, fundamentalmente) en el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales.

Con el propósito de explorar la resolución de su problema el tesista destina un capítulo a realizar una introducción general abordando aspectos globales relacionados con los orígenes e historia del contrato de prestaxción de servicios profesionales, su conceptualización en el derecho contemporáneo y su situación dentro de los esquemas clasificatorios de la teoría general del contrato, con referencia también a las obligaciones derivadas del mismo. A continuación, y con la finalidad de circunscribir el objeto de su estudio, el autor destina los siguientes capítulos de su texto al análisis –primero separado y luego de interacción recíproca- de los regímenes de responsabilidad penal y contractual a que puede dar lugar el incumplimiento. Un breve capítulo final analiza el caso de ciertas profesiones en Derecho Comparado. El tesista concluye que pese a que el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato referido puede generar confusión respecto al régimen de responsabilidad aplicable, en la ley nacional el contratante diligente no puede optar por una responsabilidad u otra, esencialmente porque la tipicidad y antijuridicidad penal de un acto deben tener primacía, de modo que cuando se configura el tipo penal, sólo habrá responsabilidad en ese ámbito, y nunca el derecho a optar.

Desde el punto de vista del fondo, debe decirse que el tema abordado por el memorista es de una razonable amplitud, y plantea un problema insuficientemente o mal tratado por la doctrina nacional, proponiendo

soluciones razonables y sistemáticamente coherentes, lo que constituye un indiscutible mérito.

Por otra parte, la extensión relativa del tratamiento de las partes componentes del trabajo que se evalúa es adecuada y homogénea. La bibliografía utilizada puede calificarse como suficiente a los fines de un trabajo como este, y el régimen de fuentes bibliográficas y de cita legal resulta aceptablemente riguroso. En cuanto a la forma, la redacción resulta sencilla y directa, con una sintaxis adecuada, que permite sin mayores dificultades la comprensión de las ideas. El vocabulario técnico, por su parte, se halla empleado con mucha precisión.

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema jurídico interesante y acotado, bien planteada, y correctamente desarrollada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de don Luis Pedro Clerc Aravena, con nota 6,2 (seis coma dos), de manera que puede considerarse autorizada para empaste.

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

Página

Introducción……..……4

1. Capítulo I

1.1 El contrato de prestación de servicios profesionales…….7

1.2 Orígenes e historia del contrato de prestación de servicios profesionales…….....7

a) Época Romana…….....7

b) Edad Media……...…….....……..7

c) Época Moderna…….…….....8

d) Época Contemporánea…….....9

1.3 Concepto de contrato de prestación de servicios profesionales……...……....10

a)Elementos……...……...…....12

b)Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios Profesionales…….....12

c) Clasificación…….....14

1.4 Partes del Contrato…….....16

1.5 Obligaciones que genera el contrato de prestación de servicios…….....16

1.6 Obligaciones para el prestador del servicio…….....17

1.7 Obligaciones del receptor del servicio…….....……..17

1.8 Objeto del contrato de prestación de servicios profesionales…….....18

2. Capítulo II

2.1 Responsabilidad contractual y penal del profesional en la ejecución del contrato de prestación de servicios……..……..……..20

2.2. Responsabilidad contractual…….……..20

2.2.1 Elementos de la responsabilidad contractual……..……..20

a) El acto u omisión……...…….....20

b) Que el incumplimiento sea imputable al deudor……...…….....21

c) Que exista un daño como consecuencia del acto u omisión culpable o doloso…….……....21

d) Que el deudor se haya constituido en mora de cumplir lo pactado……....23

2.3 Responsabilidad penal……...…..…23

2.3.1. Concepto de delito……..……..…23

2.3.2. Elementos del delito……..……..……23

a) El acto u omisión……..…..23

b) Tipicidad……..…..……..24
c) El dolo y la culpa……..…..…...24
c.a) Clasificación del dolo…….....25
c.b) Clasificación de la culpa……...…….……...…...26
d) La antijuridicidad……...…....26
2.4 Responsabilidad penal en el ejercicio de ciertas actividades profesionales…….....28

3. Capítulo III.

3.1 Cúmulo de responsabilidades civil y penal en el contrato de prestación de servicios profesionales……..……....….31
3.1.1 Concepto de cúmulo de responsabilidades……...…….……...31
3.1.2 El problema del cúmulo en el derecho comparado……..…….....31
3.2 Criterios doctrinales para determinar el cúmulo de responsabilidades civil y penal……..……..……32
a) Argumentos que confunden el dolo en el incumplimiento de un contrato con el dolo como vicio del consentimiento…….....33
b) Argumentos que se fundamentan en el carácter total o parcialmente fraudulento del acto celebrado……...…….…….33
c) Argumentos basados en el resultado previsto en la ley respecto de la conducta desplegada por la parte que incumple la obligación…….....34
3.3 Soluciones planteadas para determinar la procedencia o improcedencia del cúmulo de responsabilidad civil y penal……..…….....34
3.4 Criterio para determinar la procedencia o improcedencia del cúmulo o derecho a optar por la responsabilidad civil o penal derivada del incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato de prestación de servicios profesionales. …….35
a) Conductas socialmente aceptadas…….....36
b) Cuantía del negocio…….....…36
c) Gravedad y suficiencia del engaño……..….....36
d) Imposibilidad del cúmulo de responsabilidades por inviabilidad de una u otra…….....36

4. Capítulo IV.
4.1 El problema del cúmulo en derecho comparado, casos específicos de ciertas profesiones…….....37

5. Conclusiones……...…….……..41

6. Bibliografía…….....43

Introducción.

Esta investigación tiene como principal propósito identificar si existe la posibilidad de optar por hacer efectiva la responsabilidad civil y/o penal en el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales. En concreto se pretende identificar, frente al incumplimiento de una obligación originada en la prestación de un servicio de esta naturaleza, donde se encuentra el límite entre la responsabilidad civil y penal y si la legislación otorga al contratante diligente el derecho de optar por una de ellas o ambas.

Al respecto cabe mencionar que aunque aparentemente deslindar ambas responsabilidades no presenta mayores dificultades, en la práctica existen situaciones confusas que dan lugar a cuestionar la posibilidad que ello ocurra. A manera de ejemplo podemos señalar las siguientes situaciones: el caso de la entrega de dineros para la gestión de un encargo al profesional contratado y éste no realiza la labor encomendada utilizando el dinero en beneficio propio o el profesional que por su desidia o faltando a la verdad respecto a su cliente no finaliza la labor encomendada y a raíz de aquello genera un daño a este último, como la gestión de pago de una deuda que en definitiva no se realiza dentro del plazo acordado con el acreedor, generándose un juicio ejecutivo con embargo de bienes y posterior realización de los mismos. En el primer caso ¿nos encontramos frente a un incumplimiento cuya responsabilidad sólo pude ser perseguida civilmente de acuerdo a las reglas del mandato, por ejemplo? o ¿es posible hablar de apropiación indebida como delito especialmente tipificado en la ley penal? y en el segundo ejemplo propuesto, ¿se genera responsabilidad contractual o también penal para el profesional que incumple la obligación asumida contractualmente?

De este modo, todo el planteamiento y desarrollo de esta tesis de funda en un interrogante fundamental que le da sentido, forma y que configura la hipótesis de trabajo: En el caso de la prestación de servicios profesionales, ¿se permite que la responsabilidad por incumplimiento del mismo sea sancionado civil y penalmente dando al contratante afectado la posibilidad de opción o cúmulo de responsabilidades, o necesariamente habrá de recurrirse a una sola de ellas, dependiendo de la naturaleza del hecho que origina el incumplimiento?

Para lograr una respuesta a estas interrogantes, la presente investigación tiene los siguientes objetivos:

Objetivo general:

Demostrar que en la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato de prestación de servicios profesionales no procede el cúmulo de responsabilidad civil y penal, debiendo optarse por una de ellas dependiendo de la naturaleza del hecho que origina tal incumplimiento.

Objetivos específicos:

- Determinar lo que se entiende por contrato de prestación de servicios profesionales, desde sus orígenes históricos, concepto, características, partes que intervienen en este contrato y naturaleza jurídica de las obligaciones que genera.
- Analizar los elementos que configuran la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, estudiando en ambos casos cada uno de ellos para determinar las diferencias sustanciales entre ambas.
- Analizar lo que se entiende por cúmulo de responsabilidades, su concepto, determinar si es aplicable en materia civil y penal, cómo este problema ha sido tratado y las soluciones a nivel doctrinario y positivo en derecho comparado.
- Analizar la normativa que regula ciertas profesiones y cómo se ha abordado en derecho comparado el tema investigado.

Para lograr los objetivos tanto general como específicos descritos, el presente trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos.

El primer capítulo aborda la evolución histórica que el contrato de prestación de servicios profesionales ha tenido desde sus orígenes en la antigua Roma y su tratamiento, pasando por la Edad Media y Moderna, base sobre la cual se han construido las definiciones doctrinarias y positivas contemporáneas del objeto estudiado. Luego se aborda el concepto, destacando que ello ha sido fruto de la doctrina, dado que nuestra legislación civil lo subsume dentro de los tipos de arrendamiento de servicios.

Siguiendo con el desarrollo del tema propuesto se describen y analizan los elementos del contrato de prestación de servicios profesionales, las obligaciones que se generan para cada una de las partes contratantes, destacando la ausencia de relación de subordinación y dependencia de quien presta el servicio, se determina la clasificación legal y doctrinal de este tipo de contrato y las obligaciones que surgen para el prestador y el receptor de los servicios.

También se pretende determinar el objeto de este contrato, destacando la discusión sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones que genera, especialmente para el prestador del servicio, esto es, si se trata de obligaciones de medios o de resultado, tema de suma importancia dado que dependiendo de la naturaleza jurídica que se le asigne al contrato en cuestión, dependerá el límite impuesto a las obligaciones que asume el prestador del servicio y en consecuencia quedará determinado hasta dónde se extiende la responsabilidad por incumplimiento.

El segundo capítulo esta dedicado a la responsabilidad contractual y el análisis de los elementos que la integran, el acto u omisión, la imputabilidad del incumplimiento por dolo o culpa, el daño consecuencial producto del acto u omisión doloso o culpable y la constitución en mora del deudor.

También se aborda la responsabilidad penal y los elementos que integran el concepto de delito, la conducta consistente en un acto u omisión, la tipicidad o descripción de la conducta penada por la ley, el dolo y culpa penal y por último la antijuricidad. Igualmente se analizan

algunos casos concretos de responsabilidad penal de ciertas profesiones, tales como la medicina, la abogacía y la ingeniería.

El tercer capítulo se aboca al cúmulo de responsabilidad civil y penal en el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales, en primer lugar definiendo lo que se entiende por cúmulo de responsabilidades, el tratamiento que la doctrina ha dado al concepto, el análisis de la existencia de opción entre acudir a normas que regulan la responsabilidad contractual o a las que regulan la responsabilidad penal y el caso especial de la norma contenida en el artículo 1107 del Código Civil Argentino, quizás el único que toca la materia en estudio a nivel latinoamericano. En especial se ha dedicado una parte importante de este capítulo al análisis que autores extranjeros han dado a criterios doctrinales para determinar el cúmulo de responsabilidades civil y penal, en especial la obra del profesor español Jacobo Gómez Aller a partir del análisis del dolo civil en el incumplimiento contractual y el dolo penal en el delito de estafa, lo que se hace extensivo a las figuras estudiadas y que plantea una clasificación de los argumentos empleados por la doctrina y la jurisprudencia comparada del modelo español para determinar en casos límites si existe o no derecho a optar por la responsabilidad aplicable.

El capítulo cuarto se aboca al tratamiento del cúmulo en derecho comparado desde la perspectiva de la regulación normativa de ciertas profesiones y actividades.

Por último se presentan las conclusiones obtenidas fruto de la presente investigación.

1. Capítulo I.

1.1 El contrato de prestación de servicios profesionales

1.2 Orígenes e historia del contrato de prestación de servicios profesionales.

a) Época Romana.

El origen del contrato de prestación de servicios se remonta a los tiempos de Roma, época en la que se conoció con el nombre de locatio conducto operarium, ésta figura se conceptualiza como una convención por la cual una de las partes se obligaba a pagar a la otra un precio en dinero a cambio de que ésta le prestare un determinado servicio, intervenían de esta manera dos partes, el locatario, quien encargaba el servicio y el locador quien lo prestaba a cambio de una suma de dinero denominado Honoria.[1]

El locador debía realizar los trabajos teniendo a su favor una acción denominada actio locati para exigir el pago; el locatario era la persona obligada a retribuir los trabajos contando con la actio conducti para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

Los servicios de artes liberales tales como la abogacía o la medicina eran proporcionadas gratuitamente. La reclamación de las recompensas (honoria) solo fue posible en la época imperial, mediante la acción llamada cognitio extra ordinariem, donde se les da derecho a recurrir ante los magistrados para reclamar la recompensa.

La locación de servicios podía concluir de tres formas, sea a petición del locador o del locatario, de pleno derecho o por mutuo consentimiento, además podía terminar también por la muerte del locador, ya que los servicios debían prestarse in personam dado que en general para la prestación de servicios profesionales era necesario tener en consideración las aptitudes personales de quien prestaba el servicio. De allí su carácter intuito personae.

b) Edad Media.

Lo que caracterizó al sistema de prestación de servicios durante esta época histórica fue el sistema feudal, como estructura social y económica con predominio de la economía agraria y la población, que en distintos grados, según los países, estaba sujeta personalmente a los propietarios o bien a la tierra que trabajaban. El sistema feudal creó una forma de organización

[1] Machicado Jorge, Historia del Derecho del Trabajo, Sucre Bolivia:USFX Universidad San Francisco Javier, año 2010, pág 4.

social en su conjunto, en todos los niveles, desde el económico hasta el ideológico, pasando por el institucional y político.[2]

Se distingue en esta época la institución de la Servidumbre, que consistía en el trabajo proporcionado por el siervo para el señor feudal sin ningún tipo de retribución económica.

La Servidumbre de la gleba y el trabajo libre por cuenta ajena eran las formas principales a través de las cuales se presentaba el fenómeno de prestación de servicios durante los siglos XII a XVIII. Fue así como ante la insuficiencia de la industria familiar, para satisfacer la demanda de necesidades crecientes, se construyó el oficio como una actividad independiente que se manifestaba mediante la prestación de servicios a terceros retribuida a través del pago del mismo.

Posteriormente surgen las Corporaciones de Oficios, que eran asociaciones laborales que agrupaban a los maestros de los talleres corporativos, éstos establecían en los estatutos como normas reguladoras de las relaciones de trabajo, los precios de venta de los productos manufacturados, la calidad de los productos, la perfección de la elaboración y las sanciones con respecto al fraude, la especulación y los conflictos de trabajo, con el fin de asegurar el monopolio del oficio.[3]

Finalmente aparecen los Gremios, como conjunto de personas que ejercen la misma profesión u oficio o poseen los mismos estados sociales, constituidos por maestros, oficiales y aprendices de un mismo arte, oficio o profesión, regida por estatutos particulares que tienden a enaltecer la común labor y a la mejora moral y material de sus integrantes.[4]

Los Gremios se constituyeron con la finalidad de reglamentar las Corporaciones de Oficios a través de los Estatutos que consistían en verdaderos ordenamientos jurídicos reguladores de sus relaciones internas.

Este sistema hizo crisis fundamentalmente por la baja productividad de los siervos de la tierra, la creciente industrialización de las actividades, la maquinización del trabajo y en especial por el fortalecimiento del comercio marítimo y terrestre, el cual dió como resultado en el siglo XII, que los Señores, apremiados por necesidades económicas, concedieran cartas de liberación que si bien no desligaba por completo al siervo de los vínculos feudales, fijaba las rentas determinadas que debían pagar y les concedían derechos civiles.

c) Época Moderna.

Las Corporaciones de Oficios y los estatutos y privilegios que la regulaban son suprimidos mediante una serie de edictos y leyes producto del pensamiento liberal fruto de la revolución francesa y que imponen la idea de libertad contractual.

Se destacan en esta época tres estatutos normativos, el edicto de Turgot de 1776, los Decretos de Allard y la Ley Chapellier de 1791 que prohíben el derecho de organización profesional en

[2] Machicado Jorge, Historia del Derecho del Trabajo, Sucre Bolivia:USFX Universidad San Francisco Javier, año 2010, pág 5
[3] Machicado Jorge, Ob. Cit. Pág 5
[4] Machicado Jorge, Ob. Cit. Pág 6

asociaciones y conmina a concertar los salarios por libre convenio con los patrones y finalmente la Ley Waldeck-Rousseau que abroga las dos disposiciones anteriores.[5]

El Edicto de Turgot de 1776.

Este edicto recogía las ideas fisiocráticas del siglo XVIII y fue inspirado por Turgot quien, había proclamado que los males franceses en materia comercial e industrial se encontraban en la facultad de los artesanos del mismo oficio para unirse y reunirse en cuerpo. En consecuencia, el edicto prohibió la asociación gremial.

Este edicto proclama que el hombre puede dedicarse al oficio que le plazca. Igualmente prohíbe las Corporaciones en razón de ser contrarias a la libertad de trabajo.[6]

Decretos de Allard y la ley Chapellier de 1791.

Estos cuerpos normativos prohíben el derecho de organización profesional y obliga a acordar los salarios por libre convenio con los patrones.

La ley Chapelier de 1791 por su parte prohíbe las asociaciones de patronos y obreros, porque el maquinismo necesita hombres libres e iguales ante la ley y con una autonomía de voluntad absoluta para poder negociar un contrato de trabajo con el dueño de la empresa.

Esta supresión de asociaciones de ciudadanos de una misma profesión se basa en el principio de que no existe más asociaciones que el propio Estado y en donde conviven sólo dos voluntades, el interés particular de cada individuo y el interés general del Estado.

d) Época Contemporánea.

Se caracteriza porque el Estado interviene en la planificación de la economía y en las relaciones laborales.

La tendencia de esta época radica en el pensamiento fundado en el liberalismo. La prestación de servicios implicaba para la actividad profesional una libertad general. La economía se organiza espontáneamente, puesto que existe una armonía natural de la sociedad. El Estado no debe intervenir en la vida económica, pues esa intervención rompería el orden natural y violaría la libertad e igualdad.

Los principios inspiradores del liberalismo son:

La Libertad e Igualdad.

Si los hombres son libres, debe existir entre ellos una igualdad natural que les permita tratar libremente sobre la prestación de trabajo. El Estado no debe intervenir en la organización del trabajo porque violaría el Principio de Libertad e Igualdad. Toda excepción al derecho común constituiría un privilegio.[7]

---

[5] Machicado Jorge, Ob Cit. Pág. 6.
[6] Machicado Jorge, Ob. Cit. Pág. 6.
[7] Machicado Jorge, Ob. Cit. Pág. 8

La Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad.

En el campo jurídico, las voluntades privadas crean su propia ley por medio de la prestación de su consentimiento. El Estado debe intervenir sólo para salvaguardar el Orden Público y las Buenas Costumbres. Una armonía natural reina en el orden económico y esa armonía justifica la nueva organización de las relaciones de trabajo. La armonía contractual no podría ser injusta, porque como se señalaba en esa época "quien dice contractual, dice justo".[8]

Fruto del proceso de codificación de los siglos XIX y XX, y en atención a los principios de libertad y autonomía señalados, surge el contrato de prestación de servicios o contrato a honorarios el cual aparece como una forma de arrendamiento de servicios. Si bien se trata de un contrato atípico, éste se regula por las normas referidas al arrendamiento de servicios y ello supone que las partes intervinientes se encuentran en un plano de igualdad subordinados al principio de autonomía de la voluntad, que permite a las personas regular sus relaciones como consideren pertinente y oportuno sin mas limitación que aquellas impuestas por la Ley, el Orden Público y las Buenas Costumbres.

1.3 Concepto de contrato de prestación de servicios profesionales.

El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales es de aquellos denominados atípicos o innominados, como lo define López Santa María "Son contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el Legislador en códigos o leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido"[9]

Este contrato no esta definido legalmente, no obstante aquello, leyes especiales lo mencionan, tales como la Nº 18.883 sobre estatuto administrativo y la ley Nº 18.834 que aprueba el estatuto administrativo para funcionarios municipales, al hacer referencia a diversas formas de contratación de personal en la administración pública.[10]

La Contraloría General de la República, en dictamen Nº 7266 de fecha 10 de Febrero del año 2005 con la finalidad de precisar el concepto ha emitido un pronunciamiento respecto a este tipo de contrato en relación a la contratación en los servicios públicos: "El contrato a honorarios no está definido por la ley, pero ésta lo regula de forma tal, que conlleva a entenderlo como un mecanismo de prestación de servicios que permite contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, cuando requiera ejecutar labores propias de la Corporación que presenten un carácter ocasional, específico, puntual y no habitual"[11]

[8] Machicado Jorge, Ob. Cit. Pág. 8.

[9] LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. Los Contratos Parte General. 3° Edición Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001 Pág. 129.

[10] Catalina Muñoz Valdenegro, Thomas Mauricio Umaña Torres "El Contrato de Prestación de Servicios Civiles como Mecanismo de Elusion de los Efectos de una Relacion Laboral: Criterios Judiciales y Administrativos Diferenciadores", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Agosto de 2012, Pág 16.

[11] (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen Nº 7266, de 10 de Febrero de 2005, descriptor: *"Contratos a honorarios en Municipio"* [en línea] <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=5C0AB3D61BFD9DFC84257211005B971B>

Agrega: “Ahora bien, doctrinariamente se lo puede definir como un acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”

Doctrinariamente se define el contrato de prestación de servicios de profesionales como “…una convención en virtud de la cual una parte se encuentra obligada a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otro, el que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios. Este contrato no puede tener una duración superior al necesario para desarrollar la labor específica para la cual se celebró. Se rige por las reglas relativas al arrendamiento de servicios inmateriales, contempladas en el artículo 2006 y siguientes del Código Civil y se refiere a profesionales, técnicos o personas que prestan servicios con cierta autonomía”.[12]

De los conceptos transcritos se desprende que lo característico para la doctrina en estos contratos son dos elementos: la duración del contrato y la especificidad de la labor encargada.

Jurisprudencialmente se ha intentado obtener una definición, no obstante queda de manifiesto que el elemento relevante para nuestros tribunales esta dado por la liberalidad o independencia de quien presta el servicio, “el contrato de honorarios se caracteriza porque el profesional o técnico desarrolla su actividad en forma absolutamente independiente, presta sus servicios a título de asesoría, consulta por un trabajo, obra, estudio o función indeterminada, no recibe órdenes ni instrucciones con motivo de su trabajo, no está obligado a asistir regularmente a la empresa ni al cumplimiento de un horario fijo de trabajo, con firma de registro de asistencia o a marcar el reloj de control y la asistencia a la empresa es periódica, irregular y discontinua”[13]

Nuestros Tribunales han hecho hincapié en tres elementos para determinar la naturaleza civil del contrato en comento, debe existir prestación de servicios, pago de una remuneración y por último falta de subordinación y dependencia de una parte a otra, reforzando la idea que la presencia o ausencia de este último elemento es el que esencialmente marca la diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato civil de prestación de servicios profesionales a honorarios.[14]

En suma, el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales a honorarios es una expresión genérica que sirve para definir a todas aquellas figuras contractuales donde existe una prestación de servicios que suponen conocimientos especiales de alguna ciencia o arte ejecutados por una parte a favor de otra a cambio del pago de un cierto precio, pero donde se encuentra ausente la relación de subordinación y dependencia que es característica de la relación laboral. En un principio se limitó a las profesiones liberales, para hacerse extensiva hoy a cualquier trabajador independiente que preste servicios en esa condición.

---

[12] Vargas Viancos, M. Carolina. Columna publicada en página web: http://rsc-chile.cl/columnas/34-m-carolina-vargas-viancos

[13] TERCER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO. Fallo de 5 de mayo de 2007, Causa Rol Nº: 3678-2007.

[14] PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE LA SERENA. Fallo de 6 de marzo de 2003. Causa Rol Nº: 2.479-2002, confirmada por la I. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, por fallo de 9 de junio de 2003, Causa Rol Nº: 2433-2003.

a) Elementos del contrato de prestación de servicios profesionales.

Prestación de un servicio determinado.

El contrato obliga a una de las partes a realizar a favor de otra un determinado servicio descrito y limitado. Amparado en el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual puede tratarse de cualquier servicio libremente acordado sin otra limitación que las impuestas por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Pago de honorarios.

Como contraprestación a la realización del servicio, pago que debe ser libremente acordado por las partes, puede ser en dinero, especies y aún puede renunciarse al mismo.

Servicio de duración determinada.

La duración del contrato está determinada por la labor específica encomendada. Su extensión en el tiempo está dada por la naturaleza de éste, en caso contrario, esto es, si la duración es indefinida, el contrato de prestación de servicios degenera en un contrato de trabajo regulado por normas y principios absolutamente distintos.

Independencia de la parte que presta el servicio.

Ello, al igual que en la característica anterior, es fundamental, toda vez que quien presta el servicio debe hacerlo con absoluta independencia, en caso contrario el contrato de prestación de servicio deviene en uno de trabajo.

b) Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales.

Anteriormente se señaló que el contrato de prestación de servicios es de aquellos que la doctrina ha llamado innominado o atípicos, en consecuencia es necesario hacer una calificación del mismo a fin de determinar cuál es el estatuto jurídico aplicable.

La calificación de un contrato de acuerdo al profesor López Santa María "consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado".[15]

Al ser de naturaleza innominada o atípica y en consecuencia no encontrándose previsto expresamente por el legislador, toca a las partes darle su forma y contenido con amplia libertad, pero es probable y aún posible que los contratantes no hayan anticipado todas las situaciones que pueden originar conflictos, en consecuencia ¿como se regulan los efectos del contrato, si las

[15] López Santa María, Jorge. Los contratos. Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición. Santiago, 2001.Pág. 133.

partes nada dicen?, el problema entonces se reduce a determinar la legislación aplicable, de acuerdo al criterio de la analogía haciendo aplicable la normativa del contrato típico que más se le asemeje.

El Código Civil señala dos normas básicas y generales que regulan esta figura, al artículo 2118 que dispone "Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato" y el articulo 2108 del mismo Código establece "Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuviere de contrario a ellas".

Desde luego es necesario aclarar respecto del Contrato de Prestación de Servicios como el de abogado, médico, ingeniero etc. que el Código Civil no lo asimila al mandato sino que sólo señala que se sujeta a las reglas del mandato. De tal manera frente a las posibles confusiones que puede originar la calificación del contrato en estudio, es necesario precisar su naturaleza jurídica.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas de arrendamiento de servicios inmateriales. El objeto del contrato consiste en la actividad intelectual del arrendador puesta al servicio del arrendatario, sea mediante la confección de la obra en que predomina la inteligencia o mediante el informe u obra puramente inmaterial"[16], don Antonio Vodanovic, en el mismo sentido expresa que "en realidad los servicios prestados por médicos, abogados, o ingenieros no pueden considerarse como un mandato, porque no llevan envuelta la facultad de representar a otro, y si la ley ha asimilado estos servicios al mandato fue porque creyó desdoroso reglamentarlos en el arrendamiento"[17]

Nuestra ley civil distingue en el arrendamiento de servicios inmateriales tres especies de éste:

Contrato de arrendamiento de servicios aislados.

El artículo 2006 del Código Civil señala que este tipo de arrendamiento recae sobre "Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso…". Se les aplican las disposiciones especiales del los artículos 1997, 1998 1999 y 2002 del mismo Código, que regulan la determinación o fijación de precio y la reclamación de perjuicios en caso de incumplimiento de las obligaciones generadas por este contrato.

Contrato de arrendamiento de servicios que consisten en una larga serie de actos.

Regulado por el artículo 2007 del Código Civil, este consiste en aquel servicio prestado por personas tales como "los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas histriones y cantores" este tipo de arrendamiento está sujeto en cuanto a sus efectos respecto del desahucio, abono de los gastos de mudanza en que haya incurrido el

[16] Stitchkin Branover, David. El mandato civil. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición. Santiago, 1989. Pág. 62.
[17] Vodanovic, Antonio. Curso de Derecho Civil. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1942 Pág. 540 y siguientes.

prestador del servicio y en caso de tratarse de labores parciales a lo establecido en el artículo 2006 del Código Civil.

Contrato de arrendamiento de servicios de profesionales.

Respecto de los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios y a la que esta unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros al tenor de lo prescrito por el artículo 2118 del Código Civil, el artículo 2012 del mismo Código reconduce la regulación de estos servicios a las reglas del mandato.

En definitiva no existe duda respecto a la naturaleza de la prestación de servicios inmateriales, se asimilan al arrendamiento y aunque históricamente ha tenido una extensa aplicación en la práctica, su normativa es escasa reduciéndose a regular aspectos tales como la fijación de precio, desahucio del contrato y reclamación de perjuicios en caso de incumplimiento.

c) Clasificación del contrato de prestación de servicios.

De acuerdo a las clasificaciones legales y doctrinales de los contratos, se pueden reseñar las características de éste de la siguiente manera:

Clasificación legal:

Contrato bilateral:

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 1439 del Código Civil, el contrato es bilateral cuando las partes "se obligan recíprocamente", en el caso propuesto, una de ellas a prestar servicios determinados y la otra a pagar por estos servicios. Excepcionalmente el contrato puede ser unilateral en aquellos casos en quien presta el servicio se obliga a realizarlos, pero quien se beneficia de ellos no se obliga al pago, esto bajo el supuesto que el contrato así se celebre sobre la base de los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual. En este sentido es necesario señalar que tratándose de un contrato de naturaleza bilateral el deudor responderá de culpa leve en la ejecución de éste, de acuerdo al artículo 1547 del Código Civil en relación al artículo 2129 del mismo Código.

Contrato oneroso:

El artículo 1440 del Código Civil, indica que "el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratante, gravándose cada uno en beneficio del otro". Puede ocurrir que como en el caso anterior, el prestador del servicio no exija o renuncie al pago sea por consideraciones éticas o su mera liberalidad, como ocurre en algunas profesiones donde no se cobran honorarios a familiares y cercanos, en atención a esta característica se puede afirmar que el pago no es un elemento esencial del contrato, sino que de la naturaleza del mismo.

Contrato conmutativo:

De acuerdo al artículo 1441 del Código Civil, "el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a la que otra debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio". En el contrato en comento es posible afirmar que las prestaciones a las que se obligan los contratantes se miran como equivalentes pudiendo las partes determinar con anticipación los beneficios del contrato acordado.

Contrato principal:

De acuerdo al artículo 1442 del Código Civil, es principal dado que "subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención", además no asegura el cumplimiento de ninguna otra obligación a la que accede ni requiere de otra convención para subsistir.

Contrato consensual:

El contrato de prestación de servicios no se encuentra expresamente tipificado en la ley, en consecuencia se le aplican las reglas generales perfeccionándose por el sólo consentimiento de las partes, sin perjuicio que en muchos casos ellos se revistan de ciertas formalidades, pero ello por razones fundamentalmente probatorias y no por tratarse de un contrato real o solemne.

Clasificación doctrinal:

Contrato intuito personae:

Se trata de un contrato donde predomina la confianza en el otra parte y las aptitudes o calidades personales, en especial en quien realiza el servicio como podría ser la de un pintor, un abogado, un determinado especialista médico, un arquitecto, un albañil etc. una consecuencia de este carácter intuito personae dice relación con la facultad que tienen las partes para resciliar el contrato por pérdida de la confianza depositada en el otro contratante.

Contrato atípico o innominado.

Los contratos típicos "son los expresamente establecidos en los textos legales"[18]. A contrario sensu son contratos atípicos o innominados aquellos que no están expresamente tipificados en la ley, sin perjuicio de aquello algunas leyes como las ya mencionadas Nº 18.883 sobre Estatuto Administrativo y la Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales lo mencionan aunque no lo definen. Civilmente el Código del ramo regula este contrato de acuerdo a las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales y las normas del mandato de los artículos 2006, 2007, 2012 y 2118 respectivamente.

[18] Abeliuk Manasevich, René. Las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Santiago, 1983. Pág. 98.

Contrato de tracto sucesivo

En general este contrato es de aquellos en que las obligaciones se generan y van extinguiendo dentro de períodos sucesivos de tiempo, como los servicios prestados por un abogado respecto de un pleito o un médico en el seguimiento clínico de un paciente. Excepcionalmente puede también ser de ejecución instantánea, cuando el servicio es acotado y limitado de tal forma que la obligación se genera y cumple en un solo acto, como en una consulta profesional.

Contrato de libre discusión.

Las partes celebran el contrato en función de la libertad contractual, determinando las cláusulas contractuales, su sentido y alcance. Nada obsta a que por excepción el contrato sea de adhesión y en tal caso las cláusulas son impuestas por una de las partes contratantes, en general aquella que presta el servicio limitándose la otra a aceptar o rechazar los términos del mismo, pero sin modificar sus cláusulas.

Contrato individual.

Es individual porque requiere de la manifestación de voluntad de todos aquellos que resulten obligados por el vínculo contractual, incorporándose en cada uno de los patrimonios los derechos y obligaciones generados por el mismo.

1.4 Partes en el contrato de prestación de servicios profesionales.

Por tratarse de un contrato no regulado en la ley y en atención a que la naturaleza jurídica de éste será la del contrato que más se le asemeje como ha quedado de manifiesto en los párrafos anteriores, podemos concluir que al tratarse de un contrato de arrendamiento las partes serán las de arrendador y arrendatario de los servicios prestados, ello porque en definitiva el objeto de las obligaciones del contrato son las capacidades o destrezas individuales, en especial las del arrendador.

Sin embargo tal clasificación entra en pugna con las definiciones que para el arrendamiento de cosas la doctrina ha dado a las partes intervinientes en el contrato, de esta manera debería hablarse de arrendador y arrendatario de servicios, pero atendida la naturaleza de los servicios prestados resulta más apropiado hablar de prestador de servicio y receptor del mismo.[19]

1.5 Obligaciones que genera el contrato de prestación de servicios profesionales.[20]

[19] Catalina Muñoz Valdenegro, Thomas Mauricio Umaña Torres, Ob. Cit. Pág. 33
[20] Catalina Muñoz Valdenegro, Thomas Mauricio Umaña Torres, Ob. Cit. Pág. 34, 35

1.6 Obligaciones para el prestador del servicio.

Sin perjuicio que en virtud de los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual, las partes pueden dar al contrato de prestación de servicios profesionales el contenido que deseen siempre dentro de los marcos que determina la ley, el orden público y las buenas costumbres, se pueden reconocer ciertas obligaciones comunes a todo tipo de contrato de esta naturaleza y que tienen el carácter de esenciales.

Prestar el servicio contratado:

Obligación esencial que debe prestarse según los términos convenidos en el contrato, en aquellos casos de servicios prestados por profesionales y de acuerdo a las reglas del contrato de mandato contenidas en el Código Civil y considerando la remisión del artículo 2012 al 2118, ambos del Código en comento, "quien fija el encargo encomendado es el mandante o cliente definiendo con mas o menos extensión, las facultades de las que dispondrá el mandatario"[21]

Guardar el secreto profesional.

Especialmente destinado a la prestación de servicios por profesionales, su trasgresión puede acarrear sanciones civiles o penales o incluso administrativas. Al respecto el artículo 231 del Código Penal castiga a quien viola el secreto profesional. Este delito está contenido en el título V de dicho código, sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio o desempeño de sus cargos, bajo el parágrafo cuarto, es decir, como un delito de prevaricación. Se trata en general de conductas tendientes a romper ciertos deberes legales de la profesión, así como la relación de fidelidad que se tiene en virtud de su cargo.

Indemnizar por su incumplimiento culpable o doloso,

De acuerdo a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual, el contratante diligente tiene derecho a solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o la indemnización compensatoria, ambas con el derecho a ser resarcido de los perjuicios moratorios que dicho incumplimiento trae aparejado.

1.7 Obligaciones del receptor del servicio.

Pagar los honorarios convenidos

Como contraprestación a los servicios prestados.

Indemnizar por su incumplimiento culpable o doloso.

De la misma manera que en el caso del prestador del servicio, el receptor de ellos está obligado a pagar las indemnizaciones con ocasión de su incumplimiento. En el caso de servicios

[21] Álvaro Vidal Olivares. **"**Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil chileno". Revista Chilena de Derecho Vol. 40 Nº 2 año 2013, versión online ISSN 0718-3437.

profesionales, aplicando las reglas del mandato, el incumplimiento de las obligaciones impuestas al mandante tales como proveer de lo necesario para la ejecución del encargo, pago de remuneración estipulada o usual y anticipaciones de dinero, da derecho al mandatario a desistir de su encargo.

1.8 Objeto del contrato de prestación de servicios profesionales.

El objeto de este tipo de contrato dependerá del tipo de obligación que se asume en ellos, esto es si se trata de una obligación de medios o de resultado.[22]

Las obligaciones de medios y de resultados tienen su origen en el antiguo derecho romano y su distinción se basaba fundamentalmente en el objeto del contrato, en algunos la obligación se determinaba con precisión y en otros sólo se exigía la buena fe de parte del deudor de la prestación. El derecho francés también hizo esta distinción especialmente fundado en las teorías de Domat. Posteriormente el desarrollo doctrinal de esta distinción fue elaborada por el autor francés Demogue, quien fue el primer expositor de una teoría unitaria de ambos conceptos.[23]

Las obligaciones de resultado son las obligaciones más comunes, en ellas una parte se convierte en deudora de un resultado y en tal sentido si no se logra el resultado querido, el deudor es responsable del incumplimiento, responsabilidad que la ley presume de acuerdo al artículo 1547 inciso 3º, "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"; en esta clase de obligaciones el deudor se exime de responsabilidad probando que ha empleado la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de la obligación.

Por su parte las obligaciones de medios son aquellas en que el deudor se compromete a cumplir no con un resultado determinado, sino que con un actuar diligente con miras a la obtención de un resultado que es el esperado tanto por el profesional como por el cliente, pero el objeto no consiste en el resultado del encargo sino en la forma de llevarlo a cabo, en "el medio". En tales términos no puede responsabilizarse al deudor por un resultado desfavorable, a menos que el mismo se deba a una negligencia o impericia de su parte. La actividad diligente para a ser el objeto del contrato.

En este tipo de obligaciones el incumplimiento, al igual que en las obligaciones de medios, se presume culpable, el acreedor que quiere hacer valer la responsabilidad contractual deberá probar el incumplimiento[24], sin embargo existe una diferencia sutil en ambas, en la obligación de resultado el incumplimiento es tangible, en cambio en las obligaciones de medios, el objeto es la conducta del deudor la cual debe ser diligente para tratar de alcanzar al menos el fin perseguido, sin embargo el régimen probatorio será el mismo para uno u y otro sin diferencias substanciales entre ellas.

---

[22] Revista Responsabilidad Médica "Obligaciones de medios y de resultado". Nº 1 Julio 1998. www.connmed.com.ar.

[23] Demogue, René. "Traité des obligations en général". T.V. Parías 1925, Pág. 538.

[24] Izquierdo Tolsada, Mariano, "La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal en Bueres A.J. "Responsabilidad Civil", Buenos Aires 1998. Pág 394

La distinción para efectos de esta investigación, cobra importancia dado que en las obligaciones de resultado el deudor se libera con la obtención del mismo, en cambio en las obligaciones de medios, el resultado no se encuentra comprometido aún en el caso en que de la conducta del deudor se espere obtener alguno en particular.

La distinción precedente en ambos tipos de obligaciones no se encuentra exenta de críticas, al respecto se han señalado las siguientes:

- Todas las obligaciones en definitiva son de medios, ya que el deudor siempre despliega medios para la obtención de un resultado pretendido. Visto de esta manera, las obligaciones en general importan desplegar medios para llegar a un fin, sin embargo las obligaciones de resultado, al igual que las de medios, imponen una actividad determinada, pero las partes al convenir la obligación tienen en vista el resultado y no los medios para permitir alcanzarlo, muy distinta es la otra situación, donde los medios ejercidos diligentemente agotan la obligación, sin considerar el resultado obtenido.[25]
- Contrario a lo anterior, también se critica la distinción considerándola artificial, toda vez que no existirían obligaciones de medios y todas serían de resultado. El acreedor no contrata al profesional para sólo desplegar medios para un fin determinado, el acreedor quiere y desea el resultado. En este sentido siempre se pacta un resultado, la sola voluntad del deudor carece de todo sentido contractual, en consecuencia no hay obligaciones de medios, sino sólo de resultado y las que aparentemente son obligaciones de la primera clase no son más que obligaciones de resultado en las que aquello se ha precisado o acotado de manera más limitada.[26]

Al margen de las críticas antes señaladas, lo esencial en un contrato de prestación de servicios profesionales, es que éstos imponen una obligación de medios, en el sentido que el profesional debe colocar todos sus conocimientos destrezas y habilidades al servicio del fin comprometido y empleando en ello la diligencia o cuidado que le corresponda de acuerdo a la naturaleza o especie de contrato que se celebre.

[25]López Fernández Carlos "Obligaciones de Medios y de Resultado", Revista Facultad de Derecho en www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/.../294 . Pág. 124
[26] López Fernández Carlos, Ob Cit. Pág. 124.

2. Capítulo II

2.1 Responsabilidad contractual y penal del profesional en la ejecución del contrato de prestación de servicios.

La definición de contrato de prestación de servicios profesionales deja en claro que la principal obligación del prestador es la de otorgar un servicio específico por un tiempo determinado a otra persona, la cual correlativamente se obliga a pagar por este servicio una cantidad de dinero determinada. Esta es la situación normal en que las partes cumplen con las obligaciones convenidas en el contrato. Ha quedado demostrado igualmente la prestación de servicios profesionales es una obligación de medios aplicándose el mismo régimen probatorio que para las obligaciones de resultado.

Sin embargo las circunstancias particulares en la ejecución de los servicios profesionales pueden provocar que el profesional no cumpla con sus obligaciones por causa imputable, lo que deriva en responsabilidad. Determinar específicamente en que tipo de responsabilidad, sea contractual, penal o ambas a la vez incurre el contratante incumplidor es el objeto del presente capitulo.

2.2 Responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual nace para el profesional en el momento en que infringe las obligaciones generadas por el contrato, esta responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar los daños producidos por el incumplimiento de las obligaciones del contrato o bien por su cumplimiento tardío o imperfecto, el profesor Alessandri al respecto señala " si todo contrato es una ley para los contratantes justo es que quien lo viole, sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause".[27]

El acreedor, frente al incumplimiento del deudor tiene dos derechos fundamentalmente, el primero consiste en el cumplimiento forzado de la obligación y el segundo el cumplimiento por equivalencia traducido en el derecho a ser indemnizado. Se distingue entonces entre la indemnización compensatoria, equivalente a la obligación incumplida y la indemnización moratoria que repara el daño producido por el cumplimiento tardío de la obligación.

2.2.1 Elementos de la responsabilidad contractual.

a) El acto u omisión.

El primer elemento consiste en la acción u omisión que consecuencialmente trae aparejado el no obrar conforme al contrato, traducido en un acto positivo o una abstención deliberada, estando obligado a actuar.

[27]Alessandri, Arturo. "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*".* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1943 Pág. 42

El contrato de prestación de servicios profesionales genera una obligación de hacer que es aquella en que el deudor se obliga a realizar un hecho. En algunos casos la obligación de hacer deberá ser realizada personalmente por el deudor, en otros podrá ejecutarlo un tercero a expensas del deudor, así el incumplimiento se configura desde el momento en que el deudor no realiza el hecho convenido, o bien omite ejecutar un acto al que está obligado en virtud del contrato, frente a cualquiera de estas conductas el deudor incurrirá en incumplimiento contractual.

b) Que el incumplimiento sea imputable al deudor.

Para que el profesional incurra en incumplimiento contractual, su acto u omisión se debe traducir en la imposibilidad de cumplir con lo pactado como consecuencia de su dolo o culpa.

El análisis respecto a las obligaciones de medios o de resultado cobra aquí relevancia. Los servicios profesionales son en esencia una obligación de medios y en ese sentido, lo esperable del profesional no es el resultado buscado, sino el colocar todas las habilidades y competencias que la lex artis de su profesión le ha otorgado puesto al servicio del fin buscado aún cuando esa finalidad no se consiga, por lo que lo fundamental son los medios empleados para conseguirlo.

Aceptando que en las obligaciones que se generan con ocasión de una prestación de servicios profesionales la diligencia tiene una función trascendental, la falta de ella se traduce en incumplimiento y entonces cabe hablar aquí sólo de dos alternativas, actividad diligente equivalente al cumplimiento o de incumplimiento imputable.[28] En consecuencia el profesional incurrirá en incumplimiento contractual por su falta de diligencia o cuidado en la utilización de los medios para llegar al fin perseguido, pero su responsabilidad no se extenderá más allá si utilizando la diligencia o cuidado debido no alcanza el resultado esperado.

c) Que exista un daño como consecuencia del acto u omisión culpable o doloso.

Para nuestra doctrina el daño se traduce en un detrimento o disminución de orden patrimonial como consecuencia del actuar o la omisión culpable o dolosa, en consecuencia cualquier disminución, menoscabo o detrimento en los bienes del patrimonio de una persona será identificado y conceptualizado como un daño.

La delimitacion del daño permitirá acotar la extensión de la reparación subsecuente conociendo de antemano con precisión que tipo de perjuicios deben indemnizarse.

No obstante lo anterior, podemos indicar que el daño como se ha entendido no abarca otras hipótesis, por lo que cabe precisar este concepto[29]

[28] Izquierdo Tolsada, Mariano, Ob.Cit.

[29] "Análisis sobre la responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el derecho civil mexicano". José Luis Hernández Ramírez, publicado en Revista electrónica de Derecho Mexicano. 0ctubre-Noviembre 1999.

Se ha entendido el concepto de daño como un menoscabo a un bien. Se advierte que este concepto es demasiado amplio y abarca cualquier tipo de bien, material, físico, espiritual, estético etc.

Por otro lado se ha entendido por daño la lesión a un bien o derecho subjetivo lo que es erróneo ya que incluye derechos subjetivos que no dan lugar al resarcimiento pues son sólo intereses de hecho.

Hay que precisar que el daño comprende un menoscabo a un bien, una violación a una norma de derecho que produzca el efecto de responsabilizar al autor del mismo por su conducta antijurídica. Daño es entonces toda lesión a un interés jurídico, siendo el interés el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo y donde el interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad. [30]

Nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1556 del Código Civil señala los tipos de daño que surgen como consecuencia del incumplimiento: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

De esta disposición, se concluye que la indemnización de perjuicios comprende dos tipos de daño: el daño emergente y el lucro cesante. Salvo casos de excepción en que la ley limite la indemnización sólo al daño emergente[31].

El daño emergente consiste en el empobrecimiento real y efectivo del patrimonio del que lo ha sufrido.

Lucro cesante es la utilidad que en virtud del daño se ha dejado de percibir. Corresponde a lo que se ha dejado de obtener concretamente, como las expectativas de ganancias futuras que se han visto menoscabadas con ocasión del hecho dañino.

El artículo 1556 del Código Civil, indica que la indemnización de perjuicios como cumplimiento por equivalencia del contrato comprende el resarcimiento de ambos tipos de daño.

La reparación del daño ocasionado con ocasión del incumplimiento de una obligación se traduce en la de indemnizar perjuicios, obligación cuyo objeto es reparar el daño sufrido, en consecuencia el daño siempre debe ser cierto y esto a veces resulta difícil de determinar, especialmente respecto del lucro cesante. En tal sentido, al momento de demandar indemnización de perjuicios se debe acreditar de manera sólida aquello que se cobra, ya que se indemnizarán sólo los daños acreditados.

El profesional que incumple con el contrato pactado deberá, con ocasión de este incumplimiento generar un daño para el cliente, el que se entenderá como cualquier menoscabo material o patrimonial como la pérdida de todo o parte de un bien o la imposibilidad de obtener una ganancia cierta, monto y procedencia de daños que deberá ser acreditado en juicio por la víctima de éste.

[30] José Luis Hernández Ramírez, publicado en Revista Electrónica de Derecho Mexicano. 0ctubre-Noviembre 1999. Ob. Cit.

[31] Código Civil Chileno, artículo 1556 inciso final.

d) Que el deudor se haya constituido en mora de cumplir lo pactado.

Por mora se entiende doctrinariamente el retardo imputable en el cumplimiento del deudor, unido a la interpelación del acreedor.

El artículo 1551 del Código Civil regula en que casos el deudor se constituye en mora utilizando una fórmula casuística:

1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla y

3) En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor, esta última es la regla general para nuestro ordenamiento jurídico.

Para constituir en mora al profesional que haya incurrido en incumplimiento, bastará con reconvenirlo mediante la correspondiente demanda, y desde el momento de su notificación se encontrara suficientemente interpelado dándose cumplimiento al requisito exigido por el Nº 3 del artículo antes citado.

2.3 Responsabilidad penal.

2.3.1 Concepto de delito.

El delito, en sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Supone una conducta infraccional del Derecho Penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

El Código Penal define lo que se entiende por delito en el artículo 1º "Delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley" y por cuasidelito en el articulo 2º "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen un cuasidelito si solo hay culpa en quién las comete." [32]

2.3.2 Elementos del delito.

a) El acto u omisión.

La conducta humana es la base de toda la estructura del delito, por lo que se considera a la acción como núcleo central y material del delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje del hecho punible.

[32] Código Penal Chileno, artículo 1º y 2º

Una acción humana es un ejercicio de actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que la persona puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad. Puede proponerse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan previamente trazado, a la consecución de esos fines.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente hacia el fin perseguido, en cambio, el acontecer causal no está dirigido al fin previsto, sino que es la resultante del efecto de la acción sobre los componentes iniciales existentes en cada caso, incluyendo las consecuencias involuntarias e imprevistas que configuran el resultado final.

b) Tipicidad:

Se denomina tipicidad al encuadramiento o adecuación de la conducta humana en un tipo penal. La tipicidad nace del principio de legalidad, según el cual, todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, deben estar regulados por la ley.

En el tipo penal se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuricidad.

El tipo es una figura que crea el legislador haciendo una valoración de una determinada conducta delictiva. Se puede decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

c) El dolo y la culpa

El dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.

Puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos, un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo: voluntad de realizar un delito lo que significa "El querer de la acción típica".

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y su ubicación sistemática.

Es así como para el causalismo, escuela penal alemana que tuvo su auge entre 1870 y 1930 aproximadamente en ese país[33], el elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento

[33] Doctrina cuyo principal exponente es el autor germano Franz Von Listz, quien después del estudio exhaustivo del Código Penal Alemán de 1871, concluye que el delito nace de un acto natural o causalista, como es la conducta humana , prescindiendo de la finalidad de aquella.

de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal.

El dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible.

Por el contrario, para el finalismo, escuela penal germana que tuvo su esplendor entre 1945 y 1960 aproximadamente[34], el elemento cognitivo del dolo sólo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. El dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad, o sea, el conocimiento de que el comportamiento que se realiza está proscrito por el derecho penal, es deslindado del dolo y es concebido como un elemento de la culpabilidad.

c.a) Clasificación del dolo:

Dolo directo:

Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados.

Dolo indirecto:

Es aquél que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica.

Dolo eventual:

El sujeto se representa el resultado delictivo de su acción como posible pero supeditado a la misma y, por tanto, lo incluye y asume en su voluntad.

[34] Creación de Hans Wenzel, para este autor el delito es resultado de la acción voluntaria, pero ésta debe tener una finalidad y la función del derecho penal es la protección de valores éticos y sociales superiores quebrantados por la conducta contraria a derecho. Welzel, Hans. Ed. Jurídica de Chile. 12ª. Edición. Santiago, 1987.

c.b) Clasificación de la culpa.

El tipo culposo individualiza una conducta, al igual que el doloso. La conducta no se concibe sin voluntad y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso, pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino por la forma en que se obtiene esa finalidad, esto es, se viola un deber de cuidado.

Imprudencia:

Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse, esto es exponerse a una situación o hecho innecesariamente, implica en consecuencia una actitud culposa, ya que es equivalente a hacer más de lo necesario.

Negligencia:

Implica una falta de actividad que produce daño, es la forma más común de culpa e implica hacer menos de lo necesario.

Impericia:

Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales, especialmente aplicable al tema investigado, habrá impericia cuando se acepta ejecutar un acto sin tener los conocimientos o destrezas necesarias y como consecuencia se produce la conducta descrita en el tipo penal.

Inobservancia de reglamentos:

Esta forma de culpa puede implicar dos situaciones. La primera, que conociendo las normas se vulneran, lo que implica una imprudencia, o teniendo obligación de conocer los reglamentos, se desconocen y se despliega entonces una actividad que implica negligencia, por tanto puede adoptar una u otra forma de culpa ya vista.

d) La antijuridicidad.

Es aquel disvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general. Es lo contrario a Derecho, por lo tanto no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal a toda aquella definida por el ordenamiento.

La antijuridicidad consiste en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es entonces otro de los elementos estructurales del delito.

Se le puede considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el Derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria a Derecho, aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del Derecho, por cuanto la antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Por el principio de legalidad y de seguridad y certeza jurídicas, sólo los comportamientos antijurídicos que son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

Se ha señalado que la tipicidad se considera indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico. El tipo y la antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella.

Para otros, existe una cierta identificación entre tipo y antijuricidad, es decir, existe una directa relación entre éstas. Se critica esta posición, pues conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Se añade que en la cotidianidad es difícil equiparar una conducta atípica con una conducta típica, pero realizada en una causa de justificación como por ejemplo matar en defensa propia. Las consecuencias de identificar o diferenciar claramente tipo y antijuricidad se reflejan en la teoría del error, manifestado en el error de tipo y error de prohibición.

En conclusión, la responsabilidad penal a la que están sujetos los profesionales en el ejercicio de su actividad se origina en el momento en que incurre en una acción u omisión y éstas se ejecutan con dolo o culpa, estando la conducta u omisión descrita en la ley penal.

Obrar con dolo significa realizar un acto libre y voluntariamente, con conocimiento que ese obrar importa una trasgresión al ordenamiento jurídico respecto del medio en que se desenvuelve y esta trasgresión se encuentra tipificada en la ley penal.

Se obra con culpa cuando se desatiende el deber de cuidado al que se encuentra obligado en el desempeño de una actividad determinada y a consecuencia de aquello se incurre en una conducta descrita en el tipo penal.

2.4 Responsabilidad penal en el ejercicio de ciertas actividades profesionales.

Existen profesiones donde la identificación de la comisión de un delito o cuasidelito es clara, como el caso de la responsabilidad penal en el ejercicio de la medicina. El Código Penal contiene una serie de figuras en que el sujeto activo debe tener la calidad de médico, tales como el artículo 202 que castiga la falsedad instrumental, el artículo 247 inciso segundo sobre violación del secreto profesional o el aborto del facultativo tipificado en el artículo 345.

En leyes especiales como la Nº 20.000 sobre trafico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas se sanciona al médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1º, sin necesidad médica o terapéutica, el que será penado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. El artículo 19 letra h) del mismo cuerpo legal establece que será circunstancia agravante "Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial.

En el caso de otras profesiones también existen delitos especialmente tipificados, como la prevaricación, la que puede ser cometida por jueces y que se encuentra descrita y sancionada en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal.

Articulo 223. " Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados: 1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil. 2° Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo. 3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.

Articulo 224. "Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios: 1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal. 2° Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial. 3° Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida. 4° Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo. 5° Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley. 6° Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria. 7° Cuando con

manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.

Articulo 225. Incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o sólo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: 1° Dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil. 2° Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial. 3° Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida. 4° Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo. 5° Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

La prevaricación también puede ser cometida por abogados y en ocasiones por el procurador que perjudica a su cliente, revela sus secretos o patrocina a la parte contraria, tipificada en los artículos 231 y 232 del mismo Código.

Articulo 231 "El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

Artículo 232 "El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

En otros ámbitos profesionales la ley Nº 12.851 del Ministerio de Obras Públicas que crea el Colegio de Ingenieros y Técnicos establece en su artículo 33 que "Toda persona, empresa, sociedad o firma y los representantes legales y los socios de éstas que, sin cumplir con los requisitos exigidos por la presente ley, usen indebidamente los títulos que esta ley reserva, ofrezcan sus servicios al público o ejecuten por cuenta ajena cualquier acto relativo al ejercicio profesional del ingeniero o técnico, incurrirá en las penas contempladas en los artículos 213 y 468 del Código Penal", remitiéndose a los delitos relativos al ejercicio ilegal de la profesión y al delito de estafa y otros engaños y aplicándoles las penas allí establecidas.

En todos los ejemplos antes indicados la responsabilidad penal se encuentra acotada a conductas que se encuentran debidamente tipificadas en la ley, ya sea directamente o bien mediante el reenvío a normas penales de carácter general. Aquellas conductas solo serán castigadas en la medida en que se encuentren debidamente descritas en la ley penal, de lo contrario serán conductas calificadas como atípicas y en consecuencias no perseguibles penalmente.

Existen sin embargo una amplia gama de comportamientos que pueden producir conflictos al momento de perseguir la responsabilidad que emana de ellas y que precisamente no se encuentran tipificadas penalmente, aun cuando aparentemente pueden encuadrarse en otras figuras penales.

Si se piensa por ejemplo en el caso de la entrega de dineros para la gestión de un encargo al profesional contratado y este no realiza la labor encomendada utilizando el dinero en beneficio propio, ¿estamos frente al incumplimiento de las obligaciones que emanan del mandato o bien puede perseguirse la conducta como un delito de apropiación indebida?, el profesional que por su desidia o faltando a la verdad respecto a su cliente no finaliza la labor encomendada y a raíz de aquello genera un daño a este último, como la gestión de pago de una deuda que en definitiva no se realiza dentro del plazo acordado con el acreedor, generándose un juicio ejecutivo con embargo de bienes y posterior realización de los mismos ¿genera responsabilidad contractual o también penal para el profesional?.

La respuesta dependerá en estos casos límites, de la posibilidad de establecer criterios que delimiten el simple incumplimiento contractual de la comisión de un delito y la posibilidad de optar para hacer efectiva una u otra responsabilidad.

3. Capítulo III.

3.1 Cúmulo de responsabilidades civil y penal en el contrato de prestación de servicios profesionales.

3.1.1 Concepto de cúmulo de responsabilidades.

El problema del cúmulo de responsabilidades en términos generales se traduce en determinar si frente al incumplimiento de una obligación contractual, cuasicontractual o legal, surge para quien soporta este incumplimiento el derecho a elegir la vía para obtener la reparación del daño ocasionado, esto es, si la víctima o quien jurídicamente ocupe su lugar puede optar o elegir por la vía contractual o bien extracontractual para hacer efectiva la responsabilidad.

Si bien algunos autores como Ducci y Alessandri[35] emplean el término "cúmulo" inmediatamente reparan en que el problema no es de esta naturaleza sino el de opción de responsabilidades.

La confusión terminológica arranca del proceso de codificación, según el autor español Luis Díaz-Picazo, quien explica que este proceso fue el que separó las obligaciones contractuales y no contractuales y que fue el autor Domat quien separó ambos tipos de responsabilidades, lo que fue adoptado por el código francés y luego por los demás códigos que le siguieron.[36]

Autores como Domínguez Hidalgo[37] señalan que el término correcto es el de concurrencia de responsabilidades, puesto que se utilizará cuando concurren los requisitos que permiten hacer efectiva cualquiera de ellas, esto es, la víctima tiene la opción de hacer valer ambas o una sola, según sea más provechoso a sus intereses.

Para efectos de esta investigación, el problema del cúmulo u opción de responsabilidades se enfocará desde la perspectiva de la responsabilidad por incumplimiento contractual y/o la responsabilidad penal, por cuanto si en el incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato de prestación de servicios profesionales, un hecho generador de daño permite optar por el resarcimiento civil como consecuencia del incumplimiento contractual o bien por el castigo penal.

Nuestro derecho no se ha hecho cargo del tema en cuestión. Frente a los casos concretos, la doctrina y la jurisprudencia no han seguido un criterio definido, pero en general se ha desconocido el derecho a la víctima a optar[38].

3.1.2 El problema del cúmulo en el derecho comparado.

En derecho comparado la opción o cúmulo de responsabilidades civil y penal por el incumplimiento contractual en la prestación de servicios profesionales no se encuentra

[35]30 Alessandri Rodríguez Arturo, "Tratado de Las Obligaciones", Segunda Edición, año 2004, Pág. 358
[36] Díaz Picazo Luis. Derecho de Daños. Civitas Ediciones, año 2000. Pág. 245.
[37] Domínguez Hidalgo, Carmen "El Daño Moral", Tomo II, Ed. Jurídica año 2000, Pág. 594.
[38]32 Corle de Apelaciones de Santiago, I 6 de abril de 2007, rol 9027-2001; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de octubre de 2000 R.D.J., t. XCVII, sec. 2a, 2000

expresamente consagrado, salvo el caso de excepción en la legislación civil argentina, el artículo 1107 de su Código Civil[39], relativo a los cuasidelitos señala "Que los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos de derecho criminal". Esto significa que se concede a la víctima un derecho de opción sólo cuando la infracción contractual constituya a la vez un delito.[40]

Se señala que esta norma fue inspirada en los comentarios del autor Aubry y Rau quien señalaba "conviene sin embargo, remarcar que las faltas cometidas en la ejecución de una convención pueden degenerar en delitos de derecho criminal y en ese caso los artículos 1832 y siguientes (del Código Civil Francés) son evidentemente aplicables", haciendo referencia en este último caso a las normas sobre responsabilidad extracontractual.[41] En el Derecho argentino se acepta la posibilidad del cúmulo de responsabilidades sólo en el caso que el hecho sea susceptible de tres calificaciones, incumplimiento contractual, acto ilícito extracontractual y delito penal.[42]

La norma en comento ha generado fundamentalmente dos problemas interpretativos. El primero de ellos dice relación con que no soluciona el caso de un delito que es cometido no por el deudor sino por un tercero dependiente del deudor a través de los cuales se incumple la obligación.[43]

El segundo problema que se presenta es si la penalización del hecho que abre la opción de responsabilidad debe ser a título de dolo o culpa, algunos autores señalan que el dolo o culpa no altera la naturaleza criminal del hecho, otros por el contrario sostienen que esta norma exige una conducta culposa, ya que de ser dolosa habrá ánimo de dañar y en ese caso es indudable que estamos frente a un delito y por lo tanto la opción o cúmulo cobra validez.[44]

El problema entonces se reduce a determinar en el caso de las legislaciones que no poseen una norma como la recién descrita, si en la prestación de un servicio profesional, el actuar doloso o culposo genera la opción de responsabilidad civil o penal para el afectado.

3.2 Criterios doctrinales para determinar el cúmulo de responsabilidades civil y penal

Autores como el español Jacobo Dópico Gómez Aller, analizan el problema del cúmulo de responsabilidades civil y penal a partir del análisis del dolo civil en el incumplimiento contractual y el dolo penal en el delito de estafa[45], lo que puede hacerse extensivo a las figuras estudiadas y plantea una clasificación de los argumentos empleados por la doctrina y la jurisprudencia

[39] Código Civil Argentino de 1º de Enero de 1871, Título IX "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos"
[40] Kemelmajer de Carlucci, Aída. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 61, Abril-Junio2000, p. 59. citado por Carlos Pérez Bravo, en "la Concurrencia de Responsabilidades" versión electrónica Dialnet 3273521-1
[41] Picasso Sebastián, "Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T.3-A. Pág. 389.
[42] Corral Talciani Hernán, " La Concurrencia de Responsabilidades ex contrato y ex delito en los Derechos Chileno Argentino y Colombiano". Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Argentina 12, 2000, 7. Pág. 3
[43] Corral Talciani Hernán, Ob. Cit. Pág. 4
[44] Corral Talciani Hernán, Ob. Cit. Pág. 4
[45] Jacobo Dopico Gómez Aller, "Estafa y Dolo Civil, criterios para su delimitación" publicado en revista Dereito. Vol.21 Nº1 7-35 (Xaneiro Xuno). 2012. ISSN 1132-9947. Pág. 10.

comparada del modelo español para determinar en casos límites si existe o no derecho a optar por la responsabilidad aplicable.

a) Argumentos que confunden el dolo en el incumplimiento de un contrato con el dolo como vicio del consentimiento.

Tradicionalmente se ha solucionado por la doctrina el problema planteado tomando en consideración el momento en que el engaño se produce[46], así básicamente se puede señalar que si el profesional al momento de celebrar el acto o contrato con su cliente ya alberga en su interior la intención de no cumplir la prestación a la que se obligó existiría dolo penal y en consecuencia incurriría en delito y evidentemente en responsabilidad penal, por el contrario, si la intención de no cumplir o la negligencia se produce con posterioridad a la celebración del acto o contrato existiría solamente dolo o culpa civil y consecuentemente responsabilidad civil.

Este criterio si bien pareciera delimitar suficientemente el ámbito de aplicación de las sanciones civiles o penales del acto, aparece como insuficiente, toda vez que no permite distinguir entre el dolo o culpa penal y el dolo como vicio del consentimiento, ya que ambos preceden a la celebración del acto perjudicial para la víctima.[47]

b) Argumentos que se fundamentan en el carácter total o parcialmente fraudulento del acto celebrado.

La jurisprudencia española ha señalado que existe delito "en aquellos casos en que el contrato no es más que un disfraz o ficción a través del cual se crea un negocio vacío que encierra una acechanza al patrimonio ajeno"[48]

Este criterio aparece como insuficiente dado que da a entender que sólo habrá delito cuando el servicio prestado sea desde todo punto de vista una cobertura que oculte un fraude.

La crítica a esta postura radica en que utilizar tal criterio no permite considerar casos en que un contrato contiene cláusulas lícitas y perfectamente adecuadas a derecho, lo que sin embargo no quita el carácter final defraudatorio al acto en su conjunto.[49]

Se señala asimismo que de aceptar esta tesis sería fácilmente eludible la responsabilidad penal al menos, acompañando pactos lícitos a contratos que en su conjunto buscan la defraudación de la víctima.

---

[46] Jacobo Dopico Gómez Aller, Ob Cit. Pág. 11

[47] La opinión del autor Jacobo Dopico Gómez sin embargo, como él mismo señala en su Ob. Cit no es compartida por otros autores que han tratado sobre la materia, tales como Gómez-Benítez, José Manuel, "Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código Penal Español de 1983" (Hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles)", en RFDUCM monogr. nº 6, 1985, p. 344; Valle Muñiz, José Manuel. "El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil" Barcelona, 1987, p. 19, Ob. Cit pag 11.

[48] Sentencias del Tribunal Supremo Español 784/1995, de 19 de junio (Pte. Conde-Pumpido Tourón, F.D. 4º); 1505/1997, de 10 de diciembre (Pte. De Vega Ruiz, F.D. 2º) citadas por el autor.

[49] Jacobo Dopico Gómez Aller, Ob Cit. Pág. 12.

c) Argumentos basados en el resultado previsto en la ley respecto de la conducta desplegada por la parte que incumple la obligación.

La doctrina comparada señala que la diferencia entre ambas figuras tampoco se satisface acudiendo a la existencia o no de daño patrimonial, considerando entonces como delito aquellos casos en que se produce un daño y como mero incumplimiento civil a aquellos en que no se produce tal daño.[50] En nuestro derecho podría aplicarse tal criterio dado que el legislador prevé la nulidad del acto o contrato en que el dolo ha sido determinante para la celebración del mismo y el resarcimiento de perjuicios para el caso que aquel sea de carácter incidental como lo indica el artículo 1458 del Código Civil[51] y en ambas situaciones la víctima del acto queda suficientemente protegido.

3.3 Soluciones planteadas para determinar la procedencia o improcedencia del cúmulo de responsabilidad civil y penal.

Del desarrollo de los distintos criterios propuestos, se desprende que no se pueden determinar criterios cualitativos para diferenciar un caso del otro. Ello se infiere de la misma estructura del incumplimiento contractual y del delito, en ambos existe una especie de dolo, anterior a la celebración del acto de disposición patrimonial, en ambos casos se despliegan conductas inductivas para con la víctima que en definitiva le provocarán un perjuicio, ¿como entonces determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento típicamente civil y cuándo nos encontramos frente a un delito, resultante en una conducta tipificada en la ley y punible?

En doctrina, el problema planteado se denomina de concurso aparente de leyes.[52] Este problema no encuentra su solución con un simple criterio de especialidad ya que no todo incumplimiento contractual civil implica la comisión de un delito. Se hace necesario entonces recurrir a otros criterios.

La solución esta dada entonces por asumir que la diferencia entre ambas figuras debe explicarse desde el ámbito penal y no del civil, entendiendo que la conducta castigada penalmente debe ser suficientemente grave para requerir la intervención de la función punitiva del estado, tipificando el incumplimiento contractual como delito[53].

En el derecho penal lo característico es que su intervención se exige cuando el disvalor de la conducta es de una relevancia tal que permite la tipificación de la misma, en el caso del incumplimiento contractual existirá delito cuando concurran elementos que permitan tipificar esta conducta en la ley penal, lo que exige que ésta se encuadre en la descripción penal, pero además requiere de un elemento adicional traducido en un perjuicio patrimonial buscado

---

[50] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. pag. 12-13.

[51] Código Civil Chileno, artículo 1458 "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

[52] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. pag. 19.

[53] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. Pag 20-21.

intencionalmente, en otras palabras la conducta desplegada por el autor debe apuntar a obtener una ganancia perjudicando el patrimonio ajeno. En definitiva, la culpa o dolo civil no exige un resultado, lo que si ocurre en el dolo penal.

Existen no obstante situaciones límites donde la línea que limita ambas figuras no es clara y donde la aplicación del criterio descrito no se satisface plenamente, resultando en conductas que pueden caber dentro de aquellas atípicas, tal es el caso por ejemplo en que se obtiene fraudulentamente el consentimiento de la otra parte, en las cuales el profesional falsea deliberadamente su capacidad y competencias atribuyéndose calidades y conocimientos que no tiene y que resultan en un incumplimiento posterior de la obligaciones que genera el negocio encargado, evidentemente hay una maquinación fraudulenta pero no existe la intencionalidad deliberada de no cumplir con lo pactado, por lo que no podríamos hablar de perjuicio patrimonial, lo que trae aparejada la atipicidad de la conducta.

Sin embargo la aplicación pura de este criterio no está exento de problemas, que ocurre por ejemplo si el profesional fracasa en la gestión encomendada, ¿cabe hablar de delito?, quizás el criterio aplicable aquí diga relación con las probabilidades o riesgo asumido en el emprendimiento, vale decir, si el riesgo asumido por el profesional va más allá de lo razonable o lógico, pude caber la posibilidad de un dolo penal, pero en tal situación se pueden producir situaciones contrarias a la lógica, supongamos que, en el ejemplo propuesto el negocio encomendado tiene éxito, ¿habrá delito o al menos tentativa? Quizás existiría una especie de "tentativa frustrada"[54], o podría existir la comisión de un delito de estafa por ejemplo, pero ¿donde está el ánimo de perjuicio patrimonial?

3.4 Criterios para determinar la procedencia o improcedencia del cúmulo o derecho a optar por la responsabilidad civil o penal derivada del incumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato de prestación de servicios profesionales.

Muchos autores están de acuerdo que en el caso de aquellas conductas que derivan en un incumplimiento contractual pueden deberse a conductas que encuadran en alguna descripción típica consignada en la ley penal, sin embargo puede darse una coincidencia formal y material entre mero incumplimiento y delito, podemos encontrarnos frente a una conducta que si bien formalmente puede encuadrar en el tipo penal, sin embargo no puede considerarse como tal por faltar el elemento de la antijuridicidad, en tal sentido serán asimilables al concepto de delito aquellas conductas que sobrepasen un umbral mínimo de gravedad.[55] Evidentemente este concepto implica ponderar las situaciones caso a caso, lo que implica analizar la conducta en su conjunto.

Al interpretar las conductas desde la perspectiva subsidiaria del derecho penal, esto es que sólo se castiguen penalmente aquellas conductas más graves socialmente hablando, se puede en definitiva plantear el límite de aquellas conductas que consisten en un mero incumplimiento

[54] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. Pág. 25.
[55] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. Pág. 25-26.

contractual y las que se tipifican como delito existiendo entonces imposibilidad de optar por exigir una responsabilidad u otra.

a) Conductas socialmente aceptadas.

Podemos en primer lugar considerar que las conductas sociales adecuadas o socialmente aceptadas no pueden ser per-se consideradas como típicas de un delito, es el llamado dolo bueno o la exageración de las virtudes del servicio ofrecido, conducta que se considera permitida dado que el legislador entiende que debe existir un cierto margen de tolerancia en esta materia.[56]

b) Cuantía del negocio

Igualmente deben considerarse aspectos cuantitativos en la delimitación de ambas figuras dadas fundamentalmente por la cuantía del objeto del negocio, lo que determina todos los aspectos del acto sobre el que recae, esto se puede ejemplificar señalando que a mayor cuantía, los deberes de veracidad entre las partes son más estrictos y en consecuencia el engaño es más grave[57] y en consecuencia protegido por el derecho penal.

c) Gravedad y suficiencia del engaño.

Puede también atenderse a criterios derivados de la gravedad del engaño, en estos términos, la conducta que puede dar lugar a optar entre hacer efectiva la responsabilidad civil o penal deben ser suficientes para producir perjuicio en la víctima. Existen casos en que la conducta del autor si bien es imputable, es de menor relevancia dado que existe una menor elaboración del engaño, de los medios desplegados etc.[58] un elemento no menos importante está dado por ciertas condiciones que reducen el riesgo, así tenemos que si el autor se obliga a responder de las pérdidas de la víctima mediante garantías u otros mecanismos establecidos en su favor, habrá una atenuación tal de su responsabilidad penal que podrá llegar a ocurrir que no será de gravedad suficiente para atribuirle una sanción penal y en definitiva no podrá optarse por el régimen de responsabilidad aplicable.

d) Imposibilidad del cúmulo de responsabilidades por inviabilidad de una u otra.

Por último, puede existir imposibilidad de recurrir al cúmulo de responsabilidad civil o penal cuando una de ellas es inviable, sea por los plazos de prescripción de las distintas acciones civiles o penales u otros factores similares de orden procesal.[59]

[56] Jacobo Dopico Gómez Aller, ob. Cit. Pág 26.
[57] Jacobo Dopico Gómez Aller, Ob. Cit Pag. 27.
[58] Jacobo Dopico Gómez Aller, Ob. Cit Pag. 27-28.
[59] Jacobo Dopico Gómez Aller, Ob. Cit Pag. 31.

4. Capítulo IV

4.1 El problema del cúmulo en derecho comparado, casos específicos de ciertas profesiones.

Ha quedado demostrado que no existe posibilidad de opción de responsabilidad frente al incumplimiento de una obligación emanada de un contrato de prestación de servicios profesionales.

En derecho comparado tampoco manifiesta una solución normativa aplicable.

En el Derecho español, el problema del cúmulo de responsabilidades si bien ha sido tratado a nivel doctrinario no ha encontrado acogida en la legislación.

Existen intentos normativos que buscan solucionar el problema de la responsabilidad emanada de la prestación de servicios profesionales y que van más allá de aquellas planteadas por el derecho común, creándose estatutos particulares que regulan en específico ciertas actividades.

La fuente de la responsabilidad civil en España se encuentra en los preceptos de su Código Civil[60], desarrollados posteriormente por leyes especiales que han ido concretando su contenido y alcance para diversos ámbitos de la actividad humana. Concretamente el artículo 1089 del Código Civil establece que "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", similares en su concepto y redacción a los artículos 1437 y 2284 de nuestro Código Civil.

El artículo 546.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español del año 1985[61] dispone que ″Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.″

La responsabilidad civil de estos profesionales, tanto Abogados como Procuradores, deriva del incumplimiento de las obligaciones impuestas por ley. Así por ejemplo, en el artículo 78.2 del Estatuto General de la Abogacía Española, que dispone que ″Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio."[62]

En cuanto a los Procuradores, su responsabilidad deriva del incumplimiento los deberes determinados en los artículos 37.1 y 38.1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España[63], estableciendo el primero de los preceptos citados que ″Es deber del procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y

[60] Código Civil Español de 24 de Julio de 1889.Publicado en Boletín Oficial del Estado (BOE) Ref. BOE-A-1885-4763.
[61] Ley Orgánica del Poder Judicial Español de Julio de 1985. Ref. BOE-A-1985- 22752.
[62] Real Decreto 658/2001Publicado en BOE Nº164. de fecha 22 de Junio. Ref. BOE-A- 2001-13270.
[63] Real Decreto 1281/2002 de 5 de Diciembre, publicado en BOE Nº 305 de 21 de Diciembre de 2002.

cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados" y el segundo de los preceptos que señala "Son deberes específicos de los procuradores todos aquéllos que les impongan las leyes en orden a la adecuada defensa de sus poderdantes y a la correcta sustanciación de los procesos y los demás que resulten de los preceptos orgánicos y procesales vigentes."

Si bien no se ha formulado una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de la actividad profesional de Abogado, se han ido perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación, como informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los conocimientos jurídicos.[64]

Se consideran en el ejercicio de la profesión de abogado otros deberes como el de cumplir con las leyes procesales y el deber de información adecuada al cliente, el estado de su causa, incidencias, posibilidad de recurrir las decisiones judiciales, gastos a devengar, etc. Este deber de información, como propio en esa relación arrendaticia de servicios, es de mayor exigencia en la diligencia del abogado, corresponde también al abogado la observancia del deber de conservación y custodia de todo cuanto documento le sea entregado para la defensa del derecho de su patrocinado y como deber correlativo, el de devolverlos al cliente al terminar la relación contractual, obligaciones de las cuales derivará su responsabilidad civil o penal específica, dependiendo si se encuentran tipificadas en la ley penal.

También le corresponde la evacuación dentro de plazo, de los escritos, demandas o recursos, lo que se considera una exigencia de la lex artis, exigiéndose en cada escrito una adecuada relación fáctica con la fundamentación legal pertinente y con base en la interpretación de la misma por parte de la jurisprudencia, de tal modo que la evacuación del plazo con un escrito o recurso sin tales parámetros equivale a la no presentación del mismo.

El artículo 84 del Real Decreto 658/2001 de 22 de Junio que aprueba el Estatuto General de la abogacía, señala que es falta gravísima “La comisión de delitos dolosos, en cualquier grado de participación, como consecuencia del ejercicio de la profesión, así como los actos y omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión, a las reglas éticas que la gobiernan y a los deberes establecidos en el presente Estatuto General”.

En Argentina, el abogado en el ejercicio de su profesión desempeña una actividad extrajudicial que se exterioriza en el consejo legal o asesoramiento jurídico, en la intervención directa de las formulaciones jurídicas de un negocio o de los arreglos y transacciones que ponen fin a cuestiones litigiosas o dudosas. En cuanto a su actividad judicial, se cumple mediante el

[64] Real Decreto 658/2001 de 22 de Junio que Aprueba el Estatuto general de la Abogacía Española. Ref. BOE-A-2001-13270. artículos 42 y siguientes.

patrocinio del letrado en una causa o defensa de un proceso o ejerciendo representación de las partes en su función de procurador de las causas que deba tramitar.[65]

Dentro de ese ámbito de actividad la responsabilidad del abogado, comienza con el juramento profesional y su inscripción en la matrícula, y se pone a prueba en la consulta, en la dirección del asunto, que debe ser personalísima y en el consejo diario. Esa responsabilidad no solamente reza con el cliente, sino también con la parte contraria y con la Sociedad, que han confiado en el honor, honestidad, y preparación del abogado, para evitar pleitos contra toda razón y Ley.

La violación de los deberes que el ejercicio profesional impone al Abogado implica generalmente el desafuero del colegio profesional respectivo.

Eventualmente la conducta profesional de los abogados, puede ser sancionada disciplinariamente por los Jueces, a quien la Ley les atribuye potestad para ello. Si el abogado causa además, culpablemente o por dolo un daño a su cliente o a terceros en el ejercicio de su profesión, incurre en responsabilidad civil y debe reparar el perjuicio ocasionado.

Cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente se ha celebrado, expresa o implícitamente, algún contrato de prestación de servicios profesionales, su responsabilidad civil habrá de ser contractual, en razón de resultar la misma precisamente de la inejecución o cumplimiento tardío o imperfecto de las obligaciones que el profesional asume contractualmente. Si la conducta del profesional se encuentra especialmente prevista en la ley penal como el delito de prevaricación o desacato, habrá responsabilidad ese carácter.[66]

El caso de Costa Rica y en relación al ejercicio de la profesión de enfermería por ejemplo, sigue los mismos principios clásicos respecto a diferenciar la responsabilidad civil originada por el ejercicio de la profesión y la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos específicamente tipificados.

Existen algunos tipos penales o conductas tipificadas como delitos en los que el único sujeto activo es un funcionario público, como son todos aquellos regulados en el Título XV del Código Penal[67], sobre "Delitos contra los deberes de la función pública", entre los que figura la divulgación de secretos (art. 339 CP), los delitos de corrupción, como el cohecho (artículos 340 y 341 CP), la corrupción agravada (art. 342 CP); aceptación de dádivas (art.343 CP), enriquecimiento ilícito (art. 346 CP), negociaciones incompatibles (art. 347 CP), concusión exacción (art. 348, 349 CP), peculado y malversación (art. 354, 355 y 356 CP), entre otros,

[65] Colegio de Abogados de la Republica Argentina, "Reglamento para el trámite de asuntos de ética profesional" consultado en http://www.colabogados.org.ar/reglasdeetica/reglasdeetica.php.

[66] "Reglamento de Abogados de la República Argentina, Art. 32° Responsabilidad del abogado. El abogado reconocerá su responsabilidad en los casos en que ella resultara comprometida por su negligencia, error inexcusable o dolo, ofreciendo indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al cliente dentro de las limitaciones pactadas con éste y con el alcance de los reales perjuicios causados teniéndose en cuenta la valoración de la chance.

[67] Código Penal de Costa Rica. Ley 4573, Publicado en la Gaceta Nº 257, de fecha 15 de Noviembre de 1970. consultado en http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigopenal.pdf.

delitos en los que también podría incurrir una enfermera o enfermero, aún cuando no sean propios ni el resultado directo del ejercicio de sus conocimientos o competencias técnicas.

En estos casos sólo si existe la relación de servicio u orgánica que vincule a la persona con la administración, tiene la persona la posibilidad de incurrir en este tipo de faltas y comprometer su responsabilidad penal.

En Costa Rica, en el ámbito de la construcción y en relación al incumplimiento contractual en estas actividades y la responsabilidad penal que pudiere originarse de un mismo hecho, existen modalidades específicas y separadas, donde se establece el fraude del constructor con respecto a la ejecución de la obra o suministro de materiales, que ponga en peligro la seguridad de bienes o personas, como una agravante especial de la penalidad ordinaria del delito de estafa.[68]

[68] Gómez Quesada Allan Mauricio, "Comprobación de las defraudaciones mediante la determinación del delito idóneo y del limite con la antijuridicidad civil". trabajo final de graduación para optar al título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, año 2011. Pág.89 y siguientes.

Conclusiones.

El contrato de prestación de servicios profesionales históricamente se caracteriza por ser de aquellos denominados atípicos o innominados, el que se rige por las normas relativas al arrendamiento de servicios de los artículos 2006 y siguientes del Código Civil y las normas del mandato civil del artículo 2118 del mismo Código.

En cuanto a la naturaleza jurídica del objeto de este contrato, se concluye que genera una obligación de medios, ello significa que el profesional, en el desempeño de su labor debe colocar todas sus destrezas y habilidades otorgadas por la lex artis de su profesión, con miras a obtener en lo posible, el resultado querido y en consecuencia la responsabilidad del profesional se agota en la diligencia o cuidado que le corresponda de acuerdo a la naturaleza o especie de contrato que se celebre.

Existen casos donde frente al dolo o la falta de diligencia en los medios empleados por el profesional en el desempeño de su cometido, el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato en estudio puede generar confusión respecto al régimen de responsabilidad aplicable, esto es, si cabe hacer efectivo el estatuto relativo a la responsabilidad contractual o la responsabilidad penal o ambas indistintamente, generándose la figura del cúmulo de responsabilidades.

En ese orden de ideas, en nuestra legislación el contratante diligente no puede optar por una responsabilidad u otra, ello en función de la aplicación de criterios del ámbito penal que tienden a dar primacía a la tipicidad y antijuridicidad del acto, se concluye que el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales dará lugar sólo a responsabilidad civil si concurren los requisitos que la hacen procedente o sólo originará responsabilidad penal, cuando la conducta generadora del incumplimiento se encuentre tipificada en la ley penal y ella sea contraria al ordenamiento jurídico, en definitiva entendiendo que la conducta que se castiga penalmente debe ser de tal gravedad que se haga necesaria la intervención de la función punitiva del estado, tipificando el incumplimiento contractual como delito.

En casos límite donde se presente la aparente posibilidad del cúmulo de responsabilidades civil y penal, en especial en conductas que derivan en un incumplimiento contractual y donde puede darse una coincidencia formal y material entre mero incumplimiento y delito, debe recurrirse a criterios diferenciadores tales como las conductas socialmente aceptadas**,** la cuantía del negocio o gravedad del engaño por citar algunos, pero sea cual sea el criterio empleado,

siempre la conducta reconducirá a una u otra responsabilidad, pero nunca dará derecho a optar entre ellas.

La mayoría de las legislaciones a nivel comparado, no contemplan soluciones normativas, delimitando las responsabilidades civil y penal. El único ejemplo se encuentra en el Código Civil Argentino en el artículo 1107, precepto que ha sido objeto de críticas y que ha tenido poca aplicación en la práctica.

La solución al problema está dado por regular en un estatuto específico, el concepto de prestación de servicios profesionales, determinar el ámbito de aplicación de sus normas, diferenciar y tipificar las conductas originadas en un mismo hecho y que consistan en un mero incumplimiento civil, de aquellas que eventualmente puedan constituir un delito, aplicando las sanciones correspondientes dependiendo de la gravedad de tales conductas.

Bibliografía.

a) Códigos y Leyes:

- Código Civil Chileno.
- Código Civil Argentino de 1º de Enero de 1871.
- Código Civil de España de 24 de Julio de 1889.
- Código Penal Chileno.
- Código Penal de Costa Rica. Ley Nº 4573 de 1970.
- Ley Nº 12.851 de 6 de Febrero de 1958, del Ministerio de Obras Públicas que crea el Colegio de Ingenieros y Técnicos.
- Ley Nº 20.000 de 16 de Febrero de 2005, sobre Trafico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- Ley Orgánica del Poder Judicial Español de Julio de 1985.
- Real Decreto 658/2001 que regula el Estatuto General de la Abogacía Española.
- Reglamento para el trámite de asuntos de ética profesional, Colegio de Abogados de Argentina.

b) Libros Revistas y Tesis:

- Abeliuk Manasevich, René. "Las Obligaciones". Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Santiago, 1983.
- Alessandri, Rodríguez Arturo. "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1943.
- Alessandri Rodríguez Arturo, "Tratado de Las Obligaciones", Segunda Edición, año 2004.
- Catalina Muñoz Valdenegro, Thomas Mauricio Umaña Torres "El Contrato de Prestación de Servicios Civiles como Mecanismo de Elusión de los Efectos de una Relación Laboral: Criterios Judiciales y Administrativos Diferenciadores", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Agosto de 2012.
- Contraloría General de la República, descriptor: *"*Contratos a honorarios en Municipio*"*http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=5C0AB3D61BFD9DFC84257211005B971B.
- Corral Talciani Hernán, "La Concurrencia de Responsabilidades ex contrato y ex delito en los Derechos Chileno Argentino y Colombiano". Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Argentina 12, 2000.
- Demogue, René. "Traité des obligations en général". T.V. Parías 1925.
- Díaz Picazo Luis. "Derecho de Daños". Civitas Ediciones, año 2000.
- Domínguez Hidalgo, Carmen "El Daño Moral", Tomo II, Editorial Jurídica, año 2000.

- Gómez Aller, Jacobo Dopico, “Estafa y Dolo Civil, criterios para su delimitación” publicado en revista Dereito. Vol.21 Nº1 7-35 (Xaneiro Xuno). 2012. versión online ISSN 1132-9947.
- Gómez Quesada Allan Mauricio, “Comprobación de las defraudaciones mediante la determinación del delito idóneo y del limite con la antijuridicidad civil”. trabajo final de graduación para optar al título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, año 2011.
- Izquierdo Tolsada, Mariano, “La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal en Bueres A.J. “Responsabilidad Civil”, Buenos Aires 1998.
- López Fernández Carlos “Obligaciones de Medios y de Resultado”, Revista Facultad de Derecho en www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/.../294.
- López Santa María, Jorge. **“**Los Contratos Parte General”. 3° Edición Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Machicado Jorge, “Historia del Derecho del Trabajo”, Sucre Bolivia: USFX Universidad San Francisco Javier, año 2010.
- Olivares Vidal, Álvaro **“**Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil chileno”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 40 Nº 2 año 2013, versión online ISSN 0718-3437.
- Pérez Bravo Carlos. “La Concurrencia de Responsabilidades” versión electrónica Dialnet 3273521-1.
- Picasso Sebastián, “Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Ramírez Hernández, José Luis “Análisis sobre la responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el derecho civil mexicano”. Publicado en Revista electrónica de Derecho Mexicano. 0ctubre-Noviembre 1999.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVII, sección. 2º, año 2000.
- Revista Responsabilidad Médica “Obligaciones de medios y de resultado”. Nº 1 Julio 1998. www.connmed.com.ar.
- Stitchkin Branover, David. “El mandato civil”. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición. Santiago, 1989.
- Vodanovic, Antonio. “Curso de Derecho Civil”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1942.
- Welzel, Hans. Editorial Jurídica de Chile. 12ª. Edición. Santiago, 1987.