



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**EL REGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS EN CHILE:
UNA EXPLICACION DESDE EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales

AUTOR: JUAN PABLO ARENAS PROAÑO

PROFESOR GUÍA: HUGO CÁRDENAS VILLARREAL

Santiago, Chile

2015

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo apoyar la construcción de una teoría sobre el régimen jurídico que debe gobernar la prestación de los servicios civiles en Chile.

Para este efecto se ha recurrido a la distinción conceptual entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado, en tanto permite encauzar la aplicación analógica del estatuto del arrendamiento de obra o del mandato al contrato de arrendamiento de servicios, según la obligación principal sea una obligación de hacer determinada o una indeterminada.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	viii
--------------------	------

PRIMERA PARTE

EL PROBLEMA EN CHILE

UN ASUNTO DE FALTA DE REGULACIÓN	xvi
--	-----

CAPITULO PRIMERO

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS SERVICIOS	1
---	---

1. Antecedentes históricos	1
----------------------------------	---

2. Antecedentes Conceptuales	7
------------------------------------	---

2.1. Objeto del contrato de servicios.....	8
--	---

2.2. Los principales tipos de contratos de servicios.....	14
---	----

2.2.1. Contrato de servicios civiles y el contrato de trabajo.....	15
--	----

2.2.2. El contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de arrendamiento de obra	17
---	----

2.2.3. El contrato de arrendamiento de servicios y el mandato.....	31
--	----

CAPITULO SEGUNDO

LA CODIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS EN CHILE	39
1. Contratos de arrendamiento de servicios en general.....	39
1.1. Características comunes al arrendamiento de obra y al arrendamiento de servicios inmateriales.	41
1.1.1. Formación del contrato: objeto, precio y causa.....	41
1.1.2. Desistimiento.....	54
1.2. Distinción entre el contrato de arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios	57
1.2.1. Arrendamiento de obra.....	57
1.2.2. El Contrato de arrendamiento de servicios inmateriales: Crítica al concepto de inmaterialidad.	58
2. Contratos de arrendamiento de servicios en particular	62
2.1. Inapropiada remisión normativa en el caso de los contratos de servicios celebrados por profesionales.....	62
2.1.1. Supuestos de aplicación del art. 2118 C.C.Ch.	63
2.1.2. Inconveniencia de la aplicación del artículo 2118 a ciertos contratos de servicios celebrados por profesionales .	72

2.2. Ausencia de remisión en otros contratos de servicios	76
---	----

SEGUNDA PARTE

EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN PLAUSIBLE	79
--	----

CAPITULO PRIMERO

LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO COMÚN	80
---	----

1. Procedimiento analógico	80
----------------------------------	----

1.1. Estatuto del arrendamiento de obra como régimen general de los servicios en Chile. Régimen de garantía de los contratos de arrendamiento de servicios civiles.	89
--	----

1.2. Soluciones en el derecho comparado germánico-continental	94
---	----

2. Lex Artis	100
--------------------	-----

CAPITULO SEGUNDO

INTEGRACION DE LOS CONTRATOS REGIDOS POR LEYES ESPECIALES

..... 104

1. Contratos administrativos. 105

2. Contratos de consumo..... 106

CONCLUSIONES 111

BIBLIOGRAFÍA..... 115

INTRODUCCIÓN

En la cotidianeidad de las relaciones jurídicas por medio de las cuales los *homo economicus* encauzan sus intereses, los contratos de servicios han adquirido un lugar más preponderante. Según cifras del Banco Mundial, los servicios, entendidos en su concepto económico más amplio, ocupan cerca de un 70% del PGB mundial en promedio, mientras que en Chile, históricamente una economía basada en el intercambio de bienes (especialmente materias primas), la cifra es de alrededor del 50% del PGB¹.

La economía contemporánea asiste actualmente a una expansión del sector de los denominados “servicios”. Lorenzetti señala a este respecto:

“Ya no es el artesano ni el vasallo ni el obrero que se relacionan con el principal, sino grandes o pequeñas empresas las que prestan servicios a los consumidores o a otras empresas (...). En estos casos aparece la relación entre expertos y profanos, las relaciones de cautividad, los contratos conexos y unas relaciones jurídicas de extrema complejidad y flexibilidad”.²

¹WORLDBANK. Services, etc., value added (% of GDP). [en línea] <http://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TETC.ZS> [consulta: 15 de mayo de 2015]

² LORENZETTI, Ricardo. 2005. Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica. Revista de derecho privado y comunitario. Vol. I. pp. 7-42. pp. 9.

A ello se suma que, a escala global, se introducen una serie de estándares internacionales en la prestación de los servicios que significan un mayor nivel de homogeneidad transnacional³.

Las formas y maneras en que la fuerza de trabajo y las capacidades humanas son puestas al servicio de otros entrañan una diversidad mucho mayor que las del intercambio de bienes⁴, que constituye la base socioeconómica de la regulación civil. Frente a esta diversidad, el ordenamiento jurídico debe promover la creación de normas que correspondan a esta variedad. Sin embargo, un Código Civil con pretensiones de universalidad y claridad no puede lograr ello por sí mismo: es de esperar de él los marcos preceptivos para el adecuado ejercicio de la autonomía de voluntad por parte de los ciudadanos, junto a las demás garantías de orden público⁵.

Los problemas que plantea la sistematización de las relaciones contractuales civiles de servicios se debe en parte al contexto económico, de intercambio de bienes, en que tuvo su génesis. Por otro lado, criterios como la gratuidad o que el precio consista en dinero o en otra cosa, que sirven para diferenciar tipos en el conjunto de intercambio de bienes que no son servicios, son irrelevantes a tal fin en el ámbito de estos últimos⁶. Por ejemplo, tratándose

³ Ibid.

⁴ ESSER, Joseph. 1977. Schuldrecht, Besonderer Teil. Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag. pp. 224 (Traducción propia).

⁵ Ibid.

⁶ ALONSO PEREZ, María. 1997. Los Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos. Barcelona, J. M. Bosch. pp. 99.

de la compraventa, su carácter oneroso constituye un elemento de la esencia que lo distingue de la donación.

Sin perjuicio de lo anterior, se agregan consideraciones valorativas en torno a la consideración del trabajo como mercancía que supone abordar esta materia desde la perspectiva del arrendamiento, lo cual ha suscitado la justificada crítica de varios autores que consideran inapropiada esta terminología, y preconizan el empleo de otras denominaciones más acordes con el moderno concepto del trabajo humano⁷.

A estas dificultades que rodean a nuestro tema, debemos agregar la escasa atención que ha recibido de parte de los estudiosos del derecho. A lo largo del curso de esta investigación, que un primer momento fue planteada como de índole exploratoria (en sede jurisprudencial), pudimos constatar el retraso en que se encuentra nuestra dogmática jurídica en relación a este punto, en comparación a otras culturas jurídicas, por ejemplo, la argentina⁸. Es por ello que este trabajo se ha valido principalmente de doctrina extranjera, cuyos vínculos con el escaso material académico nacional hemos tratado de establecer.

⁷ MULLER, Enrique. 2006. Locación de servicios y de obra. Semejanzas y diferencias. Revista de derecho privado y comunitario, Vol. II. pp. 183-197. pp. 183.

⁸ María Rodríguez Pinto, una de las autoras cuyos estudios han servido a esta investigación, dice a este respecto: "Los autores chilenos son extremadamente parcos al tratar estas reglas y se limitan generalmente a reproducir las normas del Código...". RODRIGUEZ PINTO, María Sara. 2008. La responsabilidad civil del proveedor en los contratos de prestación de servicios. En GUZMÁN B., Alejandro [editor]. Colección de estudios de Derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 471 y ss. Nota a pie de página, pp. 475.

El propósito de este trabajo es sostener la tesis de que en nuestro Código civil se plasmó una concepción de los contratos de servicios lo suficientemente versátil para adaptarse a la actual y pujante tercerización de nuestra economía. En efecto, a pesar de que reguló la prestación de servicios con la característica de ser inmateriales (párrafo noveno del título XXXI), pudiendo contener tanto obligaciones de medio como de resultado, esta regulación se acopla perfectamente a las posturas doctrinarias actuales que sitúan a la prestación de servicios dentro de la categoría del contrato atípico que requiere ser colmado analógicamente por otros estatutos que han recibido mayor tratamiento de parte del legislador: en este caso, el mandato y el arrendamiento de obra (que es, en verdad, una proyección conceptual del estatuto de la compraventa).

A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes jurídicas, en las que se ha identificado a los contratos de arrendamiento de servicios como constitutivos de obligaciones de medios, nuestro contrato de arrendamiento de servicios admite tanto prestaciones conducentes a obligaciones de medio como a obligaciones de resultado, según la teoría decimonónica concebida por Demogue. Esto hace más plausible y, por decirlo de alguna manera, legítima, la adopción del procedimiento analógico, cuestión que quedaría entregada de esta forma a una delimitada discrecionalidad del juez, quien debe elegir entre las reglas del mandato y la el arrendamiento de obra la preceptiva que mejor se acomode a

los fines económicos de las partes, que se proyectan en la naturaleza de la obligación principal del contrato que celebran.⁹

La estructura del trabajo se divide en dos partes.

La primera busca exponer la situación jurídica de los servicios en nuestro ordenamiento jurídico y los problemas que genera. Dos perspectivas se adoptan para este objeto: los antecedentes históricos y los antecedentes conceptuales. Así se explica en primer lugar desde una perspectiva histórica la evolución que ha sufrido la puesta a disposición del trabajo humano desde el derecho romano, pasando por el medioevo, la eclosión del derecho laboral, para finalmente llegar al resurgimiento del contrato civil de servicios como instrumento jurídico canalizador de las relaciones contractuales civiles de trabajo. Luego se delimita el concepto de servicios, mostrando las distintas acepciones que este término contiene. Se finaliza este capítulo contraponiendo -conforme la doctrina comparada más avanzada- los tipos contractuales que históricamente han sido utilizados en el tráfico jurídico para encauzar las relaciones de servicios, a saber, el contrato de trabajo, el arrendamiento de obra y el mandato, con el arrendamiento de servicios propiamente tal. Este ejercicio nos servirá para allanar el camino para llegar a nuestra tesis sobre la integración por analogía del contrato.

⁹ BARROS, Enrique. 2012. Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters. pp. 333.

El segundo capítulo se centra en el derecho positivo chileno. Se expone la estructura que sigue el Código Civil para sistematizar los contratos de arrendamiento de servicios en general y los aspectos comunes que supone la adopción por parte del codificador del estatuto del arrendamiento como figura jurídica para regular estas relaciones. Posteriormente se trata del contrato de arrendamiento de obra y del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, haciendo especial referencia al concepto de “inmaterialidad” que contiene el párrafo noveno del título XXXVI.

Finalmente se aborda la remisión normativa que hace el artículo 2118, que hace aplicable las disposiciones del mandato a los contratos celebrados por las llamados profesionales liberales. Se evalúan sus supuestos y se delimita el alcance de esta remisión, cuya inconveniencia a la generalidad de los supuestos que contempla se pone en evidencia, lo que genera un vacío regulatorio en que también se encuentran los servicios no considerados profesionales. Se sostiene la tesis de que el contrato de arrendamiento de servicios constituye un contrato nominando pero atípico. Finaliza este capítulo entregando una visión comparada del tratamiento jurídico de los servicios a nivel de derecho germánico-continental. Especial atención merece el reciente proceso reformista realizado en Argentina, que concluyó con la dictación de un nuevo Código Civil, que recoge y se sitúa en la vanguardia en lo que a tratamiento de los servicios y, más en general, en lo que a teoría de las obligaciones se refiere.

La segunda parte pretende entregar soluciones a estos problemas.

El primer capítulo propone que el contenido de este contrato nominado pero atípico debe ser colmado mediante su interpretación y aplicando el procedimiento analógico, lo que le otorga la mentada versatilidad a esta figura y permite adaptarla a los avatares del actual tráfico jurídico-económico. De la constatación dogmática de que nuestro Ordenamiento civil se basó en las obligaciones de dar (que constituyen obligaciones de resultado), atendido el contexto económico en que tuvo su génesis (una economía basada en el intercambio), y de que en la actualidad el tráfico de servicios refleja contratos donde el deudor se obliga generalmente a un resultado (como ocurre en los numerosos contratos de provisión de bienes que se celebran día a día) y no simplemente a la realización de una conducta, se deduce la preeminencia normativa del arrendamiento de obra, que se erige como el estatuto general que rige las prestaciones de servicios en Chile. Aquí se sigue muy de cerca las tesis expuestas por el profesor Enrique Barros en su artículo “Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato”, con ciertas diferencias en torno al papel que cabe a la atribución de riesgos como criterio de aplicación del procedimiento analógico. Finalmente, la interpretación también puede servir de instrumento integrador a través del expediente de la *lex artis* que rige las profesiones llamadas liberales.

El segundo capítulo versa sobre la regulación que leyes especiales han contemplado para determinados servicios, especialmente aquellos regidos por la Ley de Protección al Consumidor. Cabe destacar que en la actualidad, en la práctica, la mayoría de los contratos de servicios son regulados por esta normativa, tomando en cuenta la ampliación de campo de aplicación en virtud de la Ley 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño

PRIMERA PARTE
EL PROBLEMA EN CHILE:
UN ASUNTO DE FALTA DE REGULACIÓN

CAPITULO PRIMERO LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS SERVICIOS

1. Antecedentes históricos

Nuestro Código Civil recogió las categorías propias de una economía de intercambio de bienes corporales, que situaban a los contratos de servicios personales entre el mandato romano y los servicios prestados por esclavos¹⁰. Se puede seguir el rastro de la evolución que condujo a esta estructuración de los servicios de la manera que sigue.

La concepción del trabajo en la Antigüedad Clásica -particularmente en Roma- es sobradamente conocido: tiene un sentido negativo. El arrendamiento de servicios por virtud del cual una persona se obliga frente a otra a realizar ciertos servicios a cambio de una remuneración tiene importancia secundaria en el Derecho Romano, y ello por una razón doble: de una parte, sólo son susceptibles de ser arrendados los servicios de orden inferior, a los que se puede poner un precio que, por tanto, representa un valor patrimonial; por otro lado, se excluyen los servicios inestimables (*operae liberales*) normalmente prestados gratuitamente por miembros de las clases sociales elevadas bajo la

¹⁰ BARROS, Enrique. Op. cit. pp. 307

figura contractual del mandato¹¹. Partiendo de esta concepción, no tiene nada de extraño la consideración del trabajo asalariado como esclavitud temporal.¹² Por lo tanto, el trabajo de los esclavos, al no ser éstos reconocidos como sujetos de derechos, encontraba en el arrendamiento *-locatio-* una figura apta para albergar la prestación de trabajos serviles¹³.

Cuando las personas libres comenzaron a hacer trabajos en forma remunerada, ya no se trataba de cosas y se los encuadró en el mandato¹⁴. El mandato estaba destinado a quienes, por ejercer trabajos intelectuales, no estaban movidos por un ánimo de lucro en sus prestaciones¹⁵. El fundamento de la gratuidad del mandato lo constituía la *amicitia romana*, que imponía como *officium de conciencia* sostener a un amigo hasta el límite de lo posible¹⁶, y la imposibilidad de poner precio a bienes de tan inestimable valor, unida a la repugnancia de mercantilizar tan “elevadas” prestaciones. Sin embargo, como señala Alonso,

“El no acomodo de esta realidad jurídica a la práctica social provocó la elaboración, por los jurisconsultos, de la distinción entre honorarios y *merces*. Esta construcción permitió que lo recibido por realizar un mandato no fuera considerado nunca como valor de cambio por el servicio prestado *-merces-*,

¹¹ RODRIGUEZ ENNES, Luis. 2009. El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la *locatio conductio operarum et operis* como consecuencia de la presente depresión económica. 2009. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (32): 183-208. pp 188-189.

¹² *Ibid.*

¹³ ALONSO PEREZ, Maria. 1997. *Op. cit.* pp. 61.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo. 2004. *Op. cit.* pp. 568.

¹⁵ *Op. cit.* pp. 62.

¹⁶ SCHULZ, Fritz. 1960. Derecho Romano Clásico. Barcelona, Bosch. pp. 530-51

sino que se entendía como un agradecimiento, un reconocimiento, un honor, nunca una ganancia *-honorarios-*¹⁷.

Si bien en un principio el “trabajo” romano no se pensaba como expresión de una voluntad, sino como el alquiler de una cosa, en que la finalidad era la “cesión de uso” -en este caso, de mano de obra esclava-, posteriormente se plantea que el objeto del arrendamiento de esclavos, como arrendamiento de cosa, no venía constituido por el esclavo en sí mismo considerado, sino que dicho objeto no era otro que su trabajo o energía, a utilizar por el conductor (arrendatario) durante el tiempo pactado¹⁸.

Este modelo romano, que respondía naturalmente a las condiciones sociales y económicas de la época, apenas si daba solución a los cada vez más grandes conflictos sociales que generaban estas fórmulas en una sociedad romana donde el esclavismo hurtaba gran parte de la actividad económica al derecho de los contratos¹⁹. Zimmermann señala a este respecto:

“Again we pose the question why this area of the law (Roman labor law) received so little attention from the Roman lawyers and why we do not find any attempt to mitigate the lack of equilibrium inherent in the relationship of

¹⁷ ALONSO PEREZ, Maria. Op. cit. pp. 63.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo. “Los servicios en la economía global...”. pp. 8.

¹⁹ ESSER, Joseph. 1977. Op. Cit. pp. 226 (Traducción propia).

employment. Particular striking is the lack of any protection against socially unjustified dismissal of the employee²⁰.

De dicho precedente, se llega a considerar que el hombre libre puede ceder su trabajo o energía durante un tiempo determinado y a cambio de un precio, lo que dio lugar a la variedad de *locatio* conocida como *locatio conductio operarum*, antecedente del actual contrato de trabajo²¹. Por lo tanto, el objeto de la *locatio conductio operarum*, habida cuenta su origen en la locación de esclavos, estaba constituido por las actividades propias de los esclavos pero desempeñadas por hombres libres, actividades que sólo podían ser meros trabajos manuales y que realizaban en forma subordinada²².

Como se aprecia, en Roma, los contratos de servicios personales y de construcción de obra, junto con el arrendamiento de cosas, estaban subsumidos en el tipo genérico de la *locatio conductio*. El elemento común que posteriormente la pandectística alemana propuso entre los distintos subtipos de arrendamientos romanos era el que una parte (*locator*) ponía algo suyo a disposición de la otra (*conductor*), sea el uso de una cosa que le pertenece (arrendamiento de cosas), sea una cosa que habrá de construir o fabricar para

²⁰ ZIMMERMANN, Reinhardt. 1996. The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press. pp. 387.

²¹ LORENZETTI, Ricardo. 2004. Tratado de los contratos. Buenos Aires, Bubizal-Culzoni Editores. pp.568.

²² CERVILLA GARZÓN, María Dolores. 2001. La prestación de servicios profesionales. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 72.

él (*locatio operarum*) o su actividad personal para prestar un servicio que procura un beneficio del acreedor (*locatio operis*)²³.

Posteriormente, en el medioevo, la relación de vasallaje dio origen al contrato de servicio fiel. El cambio se produce porque el contrato era celebrado con una persona, pero su sujeción era permanente. De ahí surgió el empleo doméstico, tal vez la más antigua configuración del contrato de servicio, y el contrato de aprendizaje entre maestro y alumno²⁴. Más adelante, en economías monetaristas, la *locatio* se transformó en un intercambio que involucraba precio. Además, perdió su carácter restitutivo de cosas y se encuadró su objeto dentro de la categoría de las obligaciones de hacer. Estas nociones se reelaboraron en la obra de Pothier, que divide la locación de cosas y de obra, y dentro de esta última admite subdistinciones. El código napoleónico regula la locación de cosas y la de obra, dentro de la cual engloba a los servicios. Llegamos así al intercambio de trabajo humano autónomo (consistente en el producto o en el trabajo en sí mismo) por un precio²⁵.

En este estadio de evolución de las manifestaciones jurídicas del trabajo surge el contrato de trabajo industrial que, finalmente, ya no se articula sobre el paradigma de la cesión de uso (derecho romano) ni de la familia (derecho medieval), sino del dominio. El “elemento personal” es un “recurso” de la empresa y se establece un “vínculo dependiente”, subordinado a las directivas

²³ BARROS, Enrique. Op. cit. pp. 327.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 569.

²⁵ Ibid.

del empleador y con sujeción económica. Se paga un precio que cosifica a la prestación, conformándose un intercambio patrimonial correspondiente²⁶. En efecto, el resultado del desarrollo de las relaciones económicas posteriores condujo, en el marco de una evolución económica hacia la industria fabril, la división del trabajo y la producción en masa, a que cada vez en mayor escala las condiciones del trabajo fuesen dictadas por el patrono, porque la igualdad jurídica de las partes contratantes no tenía por base su igualdad económica²⁷.

Posteriormente, la insuficiencia del Derecho Común para dar respuesta a la llamada “cuestión social” se presenta como la causa principal de la emergencia de un contrato de trabajo diferenciado del clásico arrendamiento de servicios²⁸. Como lo señaló Radbruch: “El Derecho Obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho Civil. Éste reconoce sólo personas, sujetos jurídicos iguales por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado que compensa o nivela esta inferioridad del poder del empresario individual frente al patrono, ni de las grandes asociaciones profesionales [...]”²⁹.

En la actualidad, según lo ha señalado un autor³⁰, debido en gran parte a los ciclos económicos adversos y al resurgir del pensamiento que ha venido a llamarse “neoliberal”, se ha suscitado una cierta *vis repulsiva* hacia el contrato

²⁶ LORENZETTI, Ricardo. “Los servicios en la economía global...”. pp. 9.

²⁷ ENNECCERUS, Ludwig. 1933-1951. Tratado de Derecho Civil. Barcelona, Bosch. pp. 236.

²⁸ RODRIGUEZ ENNES, Luis. Op. cit. pp. 193

²⁹ Citado por RODRIGUEZ ENNES, Luis. Op. Cit. pp. 194.

³⁰ Op. Cit. pp. 185.

de trabajo de corte clásico y un intento de reducir sus fronteras a costa del singular renacimiento de la *locatio conductio operarum*. Ello da cuenta de una especie de “deslaborización” del contrato de trabajo, que ha perdido lentamente su especialización y se ha difuminado en las reglas y principios del derecho común. Entre las causas principales de este fenómeno tiene peculiar relieve tanto la intervención del Estado como la de los grupos profesionales en la fijación de condiciones de trabajo, que han desposeído al contrato laboral de su carácter regulador como medio de compensar el desequilibrio que subyace en las relaciones laborales, en cuanto relaciones de subordinación³¹, así como la extensión y desarrollo de la precariedad laboral, el recurso generalizado a la contratación temporal como fórmula casi exclusiva de inserción laboral, la legalización de empresas interpuestas en el mercado de trabajo con el objeto de ceder trabajadores temporales a otras empresas usuarias y la reducción de determinados contratos formativos en mecanismos de empleos con bajos costes sociales³².

2. Antecedentes Conceptuales

A continuación se precisará el objeto del contrato de servicios, a fin de poder allanar el camino que sigue nuestra exposición sobre los problemas que

³¹ Op. cit. pp. 201.

³² Op. cit. pp. 199.

rodean a este contrato. Luego expondremos ciertas diferencias que la doctrina nacional y extranjera ha propuesto entre los principales contratos cuyo objeto es la prestación de servicios. Se advierte que la doctrina extranjera no considera la inmaterialidad como criterio distintivo entre los contratos de obra y el de servicios, como lo hace nuestro Código Civil.

2.1. Objeto del contrato de servicios

Para comprender los problemas que generan los contratos de servicios debemos circunscribir el concepto de la prestación que constituye su objeto: el servicio.

Se han ensayado dos significaciones que puede tener este vocablo. Una impropia, imprecisa o no técnico-jurídico, sino propia del lenguaje económico, en virtud de la cual los servicios figuran como facilitación de bienes y servicios, contemplados en el seno de contratos de distinta naturaleza, así en la compraventa o el arrendamiento o en los suministros de bienes, como obligaciones de dar³³. Corresponde a esta definición la que entrega la Real Academia Española, según la cual, servicio, en su acepción económica, es una prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales³⁴. En otra acepción económica más restringida es servicio todo lo que brinda una función intangible al adquirente,

³³ VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. 2008. Los contratos de servicios. Madrid, LA LEY. pp. 39-40.

³⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Versión electrónica de la 22.ª edición. [En línea] <http://www.rae.es/> [Consulta: 15 de Diciembre de 2014].

que no incluye un producto, y se caracteriza porque agrega valor aportando una tecnología propia de la información. El que presta un servicio aporta un know-how y lo hace a un menor costo que el que tendría quien lo recibe si lo hiciera por sus propios medios³⁵. De ahí que se señale que la economía distingue entre el servicio y el producto de un modo análogo al distingo entre compraventa y locación de servicios³⁶.

Desde una perspectiva propia, jurídica o técnica, en una noción amplia, los servicios se contemplan como obligaciones de hacer en los contratos de prestación de servicios en cuanto categoría (en la cual caben contratos tan distintos como el mandato, la sociedad, el depósito, transporte, etc. y que han dado en denominarse “contratos de prestación de actividad en beneficio de otro); en una acepción estricta, los servicios son el objeto de una relación jurídica obligatoria que atiende específicamente a la configuración del tipo contractual nominado como “contrato de servicios”³⁷, que en nuestra legislación responde al *nomen iuris* “contrato de arrendamiento de servicios” (art. 1998). En este caso, el servicio implica una obligación de hacer; supone la efectiva realización de un trabajo concreto, que, en sí mismo considerado, representa un valor económico³⁸. Esta actividad constituye uno de los elementos objetivos del contrato, siempre que no concurra una cosa o producto cuya relevancia en la

³⁵ LORENZETTI, Ricardo. Tratado de los contratos. pp. 580-590.

³⁶ Ibid.

³⁷ VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. Op. cit. pp. 40.

³⁸ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 367.

relación desplace a un plano secundario el comportamiento del sujeto, convirtiéndose aquélla en el único elemento objetivo del contrato digno de consideración³⁹. Aunque se tratará más adelante a propósito de su diferenciación con el concepto de obra⁴⁰, podemos señalar, con el objeto de afinar aún más el concepto jurídico de servicios, que en el caso de éstos, el trabajo es un fin y el objeto del contrato es la utilidad concreta que se deriva del trabajo; que se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad; y que el servicio es intangible, desaparece al primer consumo y es necesario que concorra el autor para hacerlo nuevamente⁴¹.

Se ha señalado acertadamente que los problemas que plantea la sistematización de las relaciones contractuales civiles de servicios tiene como causa principal su deficiente concepción en el Código Civil, provocada por la estructura económica existente en el momento de su redacción, en que no se encontraba tan desarrollado el intercambio de servicios como en la actualidad. La consecuencia inmediata es la ausencia de diferencias claras entre unos tipos y otros, impidiendo una adecuada estructuración del conjunto⁴². Existen casos en que la identificación de los tipos contractuales de servicios no plantea ningún problema, por ejemplo, en el contrato de transporte o de depósito, cuyas notas individualizadoras son claras. No ocurre lo mismo con el resto de tipos

³⁹ Op. cit. pp. 367.

⁴⁰ Vid. infra. pp. 17.

⁴¹ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 591-592.

⁴² Op. cit. pp. 99.

integrantes de conjunto: su individualización recíproca se torna difícil e insegura, puesto que circunstancias como la gratuidad o que el precio consista en dinero o en otra cosa, que sirven para diferenciar tipos en el conjunto de contratos de intercambio de bienes que no son servicios, son irrelevantes para tal fin en el ámbito de estos últimos⁴³.

Lorenzetti traza un cuadro de las diferentes elaboraciones doctrinarias que han intentado sistematizar el mal correspondido a su importancia contrato de arrendamiento de servicios, en las cuales, advierte, el excesivo apego a las clasificaciones, a la derivación dogmática, ha sido pernicioso para los fines sistematizadores⁴⁴. Las tesis que se han ensayado son las siguientes:

1. Tesis tripartita: siguiendo el modelo romano y la pandectística alemana, se distinguieron tres tipos de locaciones: de cosas, de obra y de servicios. A la hora de distinguir entre la locación de obra y la de servicios, es común señalar que en la primera se compromete una obligación de resultados y en la segunda una obligación de medios⁴⁵. Las siguientes críticas se erigen contra esta postura:

a) La enorme distancia entre el papel menor que se adjudican a los servicios y la importancia que estos tienen⁴⁶.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Op. cit. pp. 573.

⁴⁵ Op. cit. pp. 573-574.

⁴⁶ Ibid.

b) Sólo se contempla el problema del prestador, estando ausente el receptor del servicio, y, sobre todo, una categoría especial de receptores: los consumidores⁴⁷.

c) En las leyes de protección al consumidor, habitualmente no se distingue entre medios y resultados, obras y servicios, englobándose todos en un mismo concepto prestacional⁴⁸.

d) Aplicado a nuestra realidad jurídica, el art. 2006 señala como ejemplos de servicios inmateriales obras (una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso), lo que podría dar luces sobre el pensamiento de Andrés Bello sobre este punto, pues parece ser que no consideró la teoría de la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado como criterio distintivo en la legislación vigente⁴⁹.

2. Tesis bipartita: según esta tesis, el contrato de servicios ha desaparecido frente a la regulación del Código del Trabajo. Es bipartita porque se basa en el contrato de trabajo y el de empresa. Este último engloba tanto a las locaciones de servicios como a las de obra⁵⁰.

3. Tesis de la asimilación entre locación de obra-obligación de resultados y locación de servicios-obligaciones de medios: Según Lorenzetti, la simplicidad

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Op. cit. pp. 575.

de este binomio resulta peligrosa cuando se la aplica sin mengua alguna para clasificar un sustrato material más heterogéneo⁵¹.

4. Tesis de los servicios como tipo autónomo: según esta teoría el contrato de servicios es una matriz jurídica, un género del cual se desprendieron la locación de cosas, la de servicios, la de obra, el contrato de trabajo, los servicios públicos, los destinados al consumo. Cada una de estas regulaciones pretende solucionar problemas completamente distintos. En los servicios que se dan a los particulares individualmente y a las empresas, hay una relación económicamente igualitaria. Aquí aparece en toda su magnitud el vocablo “servicio” que supone hacer algo para otro, satisfaciendo su interés. El problema es aquí la colaboración entre ambos para obtener el fin propuesto, y la protección de ese valor cognoscitivo que aporta el prestador. De aquí que resulta relevante definir con claridad este interés. Siendo necesario para ello una teoría de las obligaciones de hacer adecuada a este fin⁵².

Lorenzetti acusa a la dogmática, en esta materia, de pretender adecuar los problemas a las clasificaciones y no a la inversa, crítica dirigida principalmente al binomio clasificatorio obligaciones de medio-obligaciones de resultado: según su teoría del contrato de servicios como tipo autónomo, éste puede incluir tanto obligaciones de medios como de resultados⁵³.

⁵¹ Op. cit. pp. 576.

⁵² Ibid. pp. 579.

⁵³ Ibid.

Nuestra posición al respecto se sostiene en el puntal fáctico de la pobreza regulatoria y la necesidad de una reforma del sistema de obligaciones de hacer de nuestro Código Civil, que implica a su vez una más general sobre las obligaciones. Sin embargo, haciendo de necesidad virtud, debemos -y este es el objeto de esta tesis- teorizar sobre el sustrato normativo actualmente disponible y vigente en un intento de armonizar como sistema nuestro Código Civil. Por lo tanto, a pesar de las críticas de Lorenzetti a los pares binarios obligaciones de medios-obligaciones de resultado y locación de servicios-locación de obra, como se expondrá en este trabajo, creemos que esta postura nos ayuda a salir al paso con muchas de las dificultades prácticas y teóricas del contrato en comento⁵⁴.

A continuación, a fin de establecer una estructuración del sistema de contratos de servicios de nuestro ordenamiento jurídico civil, definiremos las notas esenciales que distinguen a los principales tipos contractuales que tienen en común la realización de un trabajo o actividad humana con valor económico autónomo.

2.2. Los principales tipos de contratos de servicios

⁵⁴ Para una mayor profundización de la crítica a la distinción entre obligaciones de medio y resultado en Chile, Vid. RODRIGUEZ GREZ, Pablo. 1992. La obligación como deber de conducta típica. Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile. pp. 100 y ss.

2.2.1. Contrato de servicios civiles y el contrato de trabajo⁵⁵

El artículo 7º del Código del Trabajo define al contrato de trabajo como la “convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. El criterio diferenciador entre el contrato de trabajo y el contrato de servicios civil que tradicionalmente ha recibido mayor aceptación en doctrina y jurisprudencia ha sido el vínculo de subordinación y dependencia, contemplado en la citada norma.

El concepto de dependencia presenta tres aspectos: jurídico, económico y técnico. La dependencia, en su sentido jurídico, se manifiesta por la contraposición de un derecho, el del empresario que dicta órdenes, y de una obligación, la del trabajador de obedecerle. Entendida en este sentido, se presenta tanto en relaciones de orden laboral como civil. El grado de intensidad de dependencia no es el criterio definidor entre ambos órdenes, sino los caracteres propios que presenta en cada uno según la naturaleza, laboral o no, de la relación de trabajo en cuestión⁵⁶. En efecto, según esta corriente doctrinal, en el contrato laboral la dependencia se caracteriza por la previa enajenación - que tiene su origen en el acuerdo de voluntades- de la utilidad productiva a

⁵⁵ En este capítulo se hará mención de los principales criterios diferenciadores de la relación laboral y civil de servicios: la ajenidad productiva y la dependencia de la relación laboral. Para una mayor profundización del tema Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, Op. cit.

⁵⁶ ALONSO, Maria. Op. cit. pp. 83.

extraer de la fuerza de trabajo⁵⁷. Estaremos ante una relación de naturaleza laboral si el trabajador se ha integrado en el proceso productivo de la empresa: en definitiva, si está sometido a la disciplina y al poder de dirección en la organización del trabajo del que solicitó sus servicios, a causa, precisamente, de la pre-enajenación de las utilidades patrimoniales, a extraer de su trabajo, que supuso el contrato⁵⁸.

Otra visión aborda la subordinación desde otra arista. En el contrato laboral se trabajaría por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. El dependiente está sometido al poder de dirección del empleador, a una dirección ajena, y en ese sentido es heterónomo. Por ello el empleador fija las modalidades de prestación, “dirigiendo” el servicio del dependiente. Hay, por tanto, una función de cooperación común entre el contrato civil y el laboral. Sin embargo, en los negocios de colaboración autónomos, hay una intromisión del titular del interés sobre la actividad de quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el encargo; en cambio, en el contrato de trabajo, no es el colaborador quien está en relación con el tercero, sino que es el titular del interés (patrón) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo “instrumental”. Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia⁵⁹.

⁵⁷ Op. cit. pp. 81.

⁵⁸ Op. cit. pp. 90.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 584-586.

2.2.2. El contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de arrendamiento de obra

Al igual que en otras legislaciones, en Chile el primer criterio de estructuración de los contratos de servicios (entendidos como obligaciones de actividad) es aquel que distingue entre contratos de obra y contratos de servicios propiamente tales (cf. Art. 1918).

La concepción unitaria (“la tesis tripartita”) de la locación (arrendamiento), que abarca los contratos de arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras, procede, como se señaló al comienzo de este trabajo, de la concepción romanista⁶⁰. La razón de la unificación se encontraría en el significado corriente en la idea de *locare* que abarca tanto al acto de destinar una finca o cualquier otra casa al arriendo, como el de ponerse a prestar servicios a otra persona, como el de proporcionar un fundo al contratista o empresario para que construya una obra, desde que esta terminología nació probablemente en hipótesis referentes a obras de Estado y de allí pasó probablemente al Derecho privado⁶¹. Sin embargo, como señala Díez-Picazo, esta unificación es puramente formal y falta de toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, los referentes a obras y los referentes a servicios, como lo demuestra el hecho de que las pretendidas

⁶⁰ Vid. supra pp.11.

⁶¹ MULLER, Enrique. Op cit. pp. 184.

disposiciones generales del Código Civil no pasan de ser meros intentos de definición, sin que exista, en rigor, ninguna norma común a todas estas figuras. Razones por las cuales, la doctrina moderna prescinde por completo de la artificial unificación romanista que todavía recoge el Código Civil español⁶², y el nuestro, por cierto.

La pandectística alemana adhirió a esta distinción entre contratos de servicios (*Dienstvertrag*) y contratos de obra (*Werkvertrag*). En otras legislaciones, como en Italia y Francia, no se contempla esta distinción. En Italia existen dos figuras diferentes: el *contratto di l'appalto* y el *contratto d'opera*⁶³. Según una corriente, ambos obligan a la prestación de una obra o de un servicio en sentido estricto, pero el primero por parte de una organización empresarial dedicada a este fin, y el segundo por personas individuales. Otros autores señalan que el contrato de obra y el *appalto* pertenecen a la categoría de los contratos de resultado, a diferencia del contrato de trabajo (*lavoro*)⁶⁴. En Francia sólo se contemplan dos tipos de arrendamientos, el de cosas y el de obra. La doctrina y jurisprudencia ha prescindido en este ordenamiento de la dicotomía de contrato de obra-contrato de servicios inmateriales, siendo ambos englobados en el contrato genérico denominado *contrat d'entreprise*⁶⁵.

⁶² DIEZ PICAZO, Luis. 2013. Sistema de derecho civil. Madrid, Tecnos.V2.T2. pp. 410-411.

⁶³ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. 1993. Las obligaciones de actividad y de resultado. Barcelona : J. M. Bosch. pp. 54.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 100 -101. Vid. CABANILLAS, Antonio. Op. cit. pp. 55.

Antes de tratar sobre la distinción entre los contratos de arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios, conviene detenerse en los elementos comunes que comparten. Además de compartir las características de bilateralidad, consensualidad, onerosidad y conmutatividad de la teoría general de las obligaciones, estos contratos tienen por objeto obligaciones comunes entre el arrendatario y prestador del servicio. Por parte del prestador del servicio: ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada; proveer al comitente la información esencial relativa a la labor comprometida; proveer los materiales adecuados que ordinariamente son necesarios para la ejecución de la obra o el servicio; usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer; ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido⁶⁶. Por parte del arrendatario, comitente o destinatario del servicio resaltan: pagar la retribución, proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio; y recibir la obra si fue ejecutada conforme a lo pactado⁶⁷.

Las diferencias entre estos contratos han suscitado mayor reflexión. Según Ennecerus estos contratos se diferencian en que por el contrato de

⁶⁶ MULLER, Enrique. Op. cit. pp. 189-190.

⁶⁷ Op cit. pp. 190.

servicios una de las partes promete servicios, esto es la actividad o el trabajo mismo, no su resultado, y la otra parte promete una remuneración de cualquier clase. En cambio, en el contrato de obra el empresario soporta el riesgo (esto es, pierde la pretensión dirigida a la contraprestación) cuando por una causa no imputable a ninguna de las partes no se logra el resultado debido del trabajo⁶⁸. En el contrato de servicios puede exigirse la remuneración aunque el servicio carezca de resultado por una causa no imputable a ninguna de las partes. Sin embargo, esto no significa que la imputación de los riesgos constituya en modo alguno la nota diferencial de ambos contratos, ya que puede regularse de otra manera si las partes así lo quieren, sin que se altere por ello la esencia de los contratos, y porque hay muchas diferencias en cuanto a los efectos que no son conexos con la imputación de los riesgos⁶⁹. Por ende, se trata de una norma dispositiva de distribución de riesgos que puede ser modificada por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad. En este sentido, Alonso Pérez señala que, tratándose de este tipo de normas, éstas no darían la nota esencial que diferenciaría estos contratos, pues si las partes no han convenido el régimen de imputación de riesgos a uno u otro patrimonio, éste vendrá determinado por la naturaleza de la relación de que se trate; por tanto, su régimen se relaciona con la estructura y forma de la relación contractual, y

⁶⁸ ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit. pp. 230-231.

⁶⁹ Op. cit. pp. 231.

presuponen y son consecuencia -y no causa- de su naturaleza, la cual, necesariamente, ha de venir determinada por otro criterio y no por éste⁷⁰.

Según esta corriente doctrinal, la solución viene dada por la aplicación al ámbito de los contratos de la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y de resultado. Son obligaciones de medios aquellas en que el contenido de la obligación del deudor es una actuación diligente, y en las que el fin pretendido -toda obligación lo tiene- no forma parte de la misma. El deudor sólo debe desempeñar cierta actuación diligente, tendente a obtener una finalidad, que no está *in obligatione*. Las obligaciones de resultado son aquellas, en cambio, en que el deudor debe un resultado concreto y determinado; el acreedor persigue un fin que debe ser proporcionado por el deudor a través del desenvolvimiento de su actividad. Un fin que está *in obligatione*, y que el deudor del trabajo debe proporcionar al acreedor para que la obligación asumida por el contrato pueda considerarse cumplida.⁷¹ Para Diez-Picazo “en el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el resultado útil de aquella actividad...”⁷².

La aplicación de ambos estatutos estaría condicionada por la distinción de estos dos tipos de obligaciones. Determinado el tipo de obligación que surge del contrato, opera la diversa distribución, entre el deudor y el acreedor, del riesgo por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor: cuando

⁷⁰ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 106.

⁷¹ Op. cit. pp. 108 y 109.

⁷² DIEZ-PICAZO, Luis. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Madrid, Civitas. pp. 165.

la obligación es de actividad, el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras que si la obligación es de resultado, el riesgo recae sobre el deudor⁷³. El resultado esperado por el acreedor es, por lo tanto, esencial para comprender el sentido de la prestación, no sólo de la de resultado, sino también de la de actividad.

Sin embargo, es necesario reconocer que el criterio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados es incierto, por lo que se recurre principalmente no a la naturaleza, sino al efecto de las obligaciones. Por ello, el fin perseguido por el acreedor no es nunca indiferente, y el deudor ha de tenerlo siempre presente, y dirigir su actividad precisamente a su obtención⁷⁴.

Cuando la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado (Erfolgsgarantie) que constituye el interés primario del acreedor. Por el contrario, cuando la obligación es de actividad, la diligencia opera como criterio para valorar la exactitud del cumplimiento. Por medio del criterio de la diligencia se determina en el caso concreto cual es el comportamiento debido por el deudor⁷⁵.

La distinción entre estos dos tipos de obligaciones no quiere indicar la ausencia en determinadas obligaciones de un resultado debido, lo que sería absurdo, sino, más bien, separar las relaciones obligatorias en dos categorías caracterizadas por una mayor o menor correspondencia del término final de la

⁷³ ESSER, Joseph. Op. cit. pp. 83 y 84 (Traducción propia).

⁷⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos...". pp. 166.

⁷⁵ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. Op. cit. pp. 31.

obligación (resultado debido) al término inicial, esto es, al interés del que la obligación deriva su origen⁷⁶.

Para precisar esta diferenciación huelga tener a la vista otros criterios, cuya conjugación permite una mayor exactitud en la determinación del carácter de la obligación. En efecto, si las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, no han pactado expresamente a qué tipo de obligación pertenecen las que emanan del contrato de servicios, además del señalado puede recurrirse a los siguientes criterios, más o menos relevantes los unos o los otros en el juego de su aplicación a los casos concretos:

a. **Situación de las partes:** Demogue propone la situación de las partes como criterio diferenciador, distinguiendo entre las profesiones liberales y los oficios, de tal manera que el profesional liberal, como el médico o el abogado, siempre está vinculado por una obligación de medios. El desempeño de un oficio, en cambio, comporta ordinariamente una obligación de resultado, atendido la seguridad de obtener este resultado de utilizar la técnica adecuada⁷⁷. Resulta evidente que no existe ningún argumento razonable para otorgar a priori un tratamiento favorable a los miembros de las profesiones liberales⁷⁸.

⁷⁶ Op. cit. pp. 37.

⁷⁷ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. Citado por CABANILLAS, Antonio. Op. cit. pp. 40.

⁷⁸ *Ibid.*

Esser y Schmidt modulan este criterio, afirmando que los contratos de trabajo y de servicios dan lugar a prestaciones de actividad, porque el beneficio del empresario depende de la organización empresarial en general, de los cálculos del empresario y de la idoneidad de los medios de trabajo. En los contratos de obra, en cambio, la prestación del empresario es de resultado, porque la obra se realiza en el ámbito de producción del empresario, y por esto el mismo está en mejor situación que el comitente de apreciar los posibles riesgos del resultado (Erfolgsrisiken)⁷⁹.

b. **Carácter aleatorio del resultado:** cuando la consecución del resultado es aleatoria, la obligación asumida es de actividad, porque el deudor, normalmente, no se compromete a obtener un resultado que sabe que es incierto. La naturaleza aleatoria o no del resultado permite descubrir la voluntad no expresada de los contratantes. Este criterio ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia española. Sin embargo, existe dificultad de distinguir las obligaciones realmente aleatorias (que serían de actividad) de las que presentan un riesgo normal. Este existe en cualquier contrato y por ello no puede constituir un obstáculo para la clasificación de la obligación como de resultado⁸⁰.

c. **El papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento:** hay autores que conjugan este criterio con el del azar, en tanto el papel activo del

⁷⁹ Op. cit. pp. 41.

⁸⁰ Op. cit. pp. 42.

acreedor sirve de indicio para calificarla obligación como de actividad, mientras que, en sentido contrario, la constatación de la pasividad del acreedor conlleva la calificación de obligación de resultado de la obligación principal⁸¹.

d. **La mayor o menor determinación de la prestación prometida:** según este criterio, cuando una persona promete ejecutar una prestación determinada, con perfiles jurídicos y materiales precisos, soporta una obligación de resultado. Por el contrario, si el deudor, sin garantizar el fin esperado, goza de libertad de acción, su prestación es indeterminada y está sometida al régimen de las obligaciones de medios⁸².

e. **El sistema de imputación de riesgo:** según este criterio, en los contratos de resultado, el precio sólo es debido en el caso de lograrse el resultado prometido, mientras que en los contratos de actividad, debe ser pagado aunque la actividad del deudor no alcance el resultado esperado por el acreedor⁸³. En los contratos de actividad, donde se enmarcan contratos de prestación de servicios o de un hacer de numerosos empresarios mercantiles, el riesgo de que la actividad no produzca el resultado al que se han obligado, aun concurriendo fuerza mayor o caso fortuito, debe quedar a su cargo, como riesgo propio de su actividad empresarial: así en los contratos de comisión, agencia y corretaje, depósito o custodia, de transporte, de engineering⁸⁴.

⁸¹ Op. cit. pp. 43.

⁸² Op. cit. pp. 44.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

Esser señala que el concepto de “resultado” (*Erfolg*) no es suficientemente definitivo, pues por una parte el esfuerzo del prestador del servicio debe, en definitiva, exteriorizarse de alguna manera; por otra, el comitente de una obra puede tener ciertas representaciones, en lo que a fin y resultado atañe, sobre la prestación directa del empresario. A pesar de que es en el ámbito de riesgos, en definitiva, donde extrapolar de las categorías de obligaciones de medio y resultado toma forma, la voluntad de las partes es ajena a estas derivaciones dogmáticas: es desentrañando su voluntad que se puede conocer el tipo de resultado correspondiente a una de estas obligaciones, y consecuentemente, el ámbito de riesgo que fue pactado⁸⁵, lo que equivale a comprender el negocio u operación que jurídica que las partes buscan realizar, es decir, determinar aquello por lo que el acreedor está pagando⁸⁶.

Desde una perspectiva más pragmática, para Fernández Costales, los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo. Así, si bien a ciertos profesionales se les puede encargar y exigir el acabado riguroso de un trabajo (al arquitecto y al constructor de un edificio, al ingeniero y al constructor de un puente, al farmacéutico una fórmula), al médico no se le

⁸⁵ ESSER, Joseph. Op. cit. pp. 228 (Traducción propia).

⁸⁶ BARROS, Enrique. Op. cit. pp. 334.

puede exigir seriamente la curación de un enfermo.⁸⁷ . En este mismo sentido, para Díez-Picazo, “los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo...”⁸⁸.

Ahora bien, la teoría de la obligación de medios y obligaciones de resultado, como criterio diferenciador, si bien tiene amplia acogida en Europa ha encontrado detractores en nuestro ámbito continental, como es el caso de Ricardo Lorenzetti. Para este autor, antes de analizar esta postura, es necesario separar los distintos estados de la evolución dogmática de esta teoría:

a. **Tesis clásica:** si bien hay discusiones sobre la autoría de la clasificación, es Demogue quien la presenta sistemáticamente en el mundo jurídico. Esta tesis presente las siguientes características:

Primero, tiene una pretensión fundamentalmente didáctica, puesto que sirve para explicar las posiciones que asume el deudor antes que para ordenar el sistema jurídico. Segundo, nace en relación a los contratos, aunque luego se la considera una clasificación general de las obligaciones. Tercero, se estima que las obligaciones de resultado son la regla y las de medio la excepción. Cuarto, el interés fundamental de la distinción es la distribución de la carga probatoria, por lo que la mayoría de los autores trata este tema dentro de la teoría de la

⁸⁷ FERNANDEZ COSTALES, Javier. 1988. El contrato de servicios médicos. Madrid, Editorial Civitas. pp. 52.

⁸⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. “Sistema...”. pp. 166.

responsabilidad contractual y no como categoría obligacional; interesa más el tramo de la responsabilidad que el de la deuda⁸⁹.

b. **La aceptación como clasificación general:** defendida por los hermanos Mazeaud y Tunc, sustituyen la terminología por la de obligaciones determinadas y obligación general de prudencia y diligencia, a las que suman las obligaciones de garantía⁹⁰. La pretensión aquí no es sólo didáctica, sino que tiene funciones probatorias y determinativas del objeto de la obligación. Por esta razón se la entiende como una clasificación general de las obligaciones aplicable tanto al régimen contractual como extracontractual. Asimismo, ya no son una dispersión de las obligaciones de hacer, sino que también se pueden aplicar a las de no hacer y a las de dar. También consideran que las de resultado son la regla y las de medio una excepción⁹¹. El criterio de distinción entre uno y otro de los subtipos es la aleatoriedad del resultado⁹².

c. **Distingo como suma divisio:** su aporte se relaciona con la configuración ontológica de la distinción y con la utilidad de la misma⁹³. El objeto de toda obligación es un plan o conducta del deudor para satisfacer el interés del acreedor. El interés forma parte del objeto de la obligación, puesto que la obligación es siempre un cauce de fines, un instrumento de cooperación

⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 615-616.

⁹⁰ Op. cit. pp. 616.

⁹¹ Ibid.

⁹² Op. cit. pp. 617.

⁹³ Op. cit. pp. 618.

social⁹⁴. En los deberes de medios, el interés definitivo perseguido es aleatorio, de donde el deudor cumple con la aportación del esfuerzo o actividad debidos. El interés, sin embargo, condiciona los medios debidos, los que no son cualquier medio sino aquellos reconocidos como aptos para perseguir el interés, aunque no se lo alcance. Distinguen por tanto, entre interés primero e interés final. En las obligaciones de resultado el primero se diluye, cobrando presencia determinante el fin último⁹⁵.

d. **Tesis superadora del distingo:** señala que la clasificación se utiliza fundamentalmente dentro del régimen de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad contractual. La existencia de la distinción en el Derecho vivo se caracteriza por su instrumentalidad, en el sentido que se utiliza para distribuir la carga probatoria; por su carga ideológica, en cuanto favorece a los profesionales; por su dogmatización, ya que el análisis de la relación se detiene sólo en la mención del distingo, sin entrar a bucear en las cuestiones que realmente existen⁹⁶.

El resultado no es extrínseco. Siempre existirá un objetivo de mejoría que opera como móvil de las partes, señalando el camino a seguir, orientando las conductas y la naturaleza de los medios aptos para conseguirlo⁹⁷.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Op. cit. pp. 618-619.

⁹⁶ Op. cit. pp. 626.

⁹⁷ Ibid.

Siguiendo la corriente objetivista de las tesis de Von Ihering, la clasificación se origina en la confusión entre objeto de la obligación y prestación: el objeto es la utilidad que se persigue, la prestación es la conducta debida. En algunos casos el resultado, por ser corriente que se produzca, se presume *in re ipsa*, y en otros debe probarse (obligaciones de medios), pero ello es una cuestión de hecho. En razón de esta casuística, la estructura de medios y de resultados comprometidos en un posterior, se construye desde un después y se remonta (prognosis póstuma) hacia un antes, desechándose la taxonomía apriorística⁹⁸. La refutación oscila alrededor de la idea de que el resultado no es ajeno a la obligación, aunque en algunos casos se lo garantice y en otros no.

La distinción es inoperante, en el sentido de que es insuficiente para dar cuenta de la cantidad de variaciones que se dan en la realidad. La clasificación es simple, pero ése es su principal defecto, puesto que la simplicidad es sólo aparente, ya que bajo la palabra “medios” se oculta una enorme variedad de situaciones. Lo debido se establece en el acto genético, pero la designación “medios” o “resultado” es un recurso nominalista, un nombre que designa una situación compleja que hay que hacer trascender normativamente⁹⁹. Díaz-Picazo y Gullón señalan que los casos de duda deben resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la

⁹⁸ Op. cit. pp. 627.

⁹⁹ Op. cit. pp. 628.

actividad, de lo que se sigue que no habría posibilidades determinar apriorísticamente la existencia de una regla y de una excepción¹⁰⁰. En cuanto al contenido de la obligación, según Lorenzetti, un sector de la doctrina autoral ha pretendido conformar el contenido de la obligación recurriendo al concepto de “medios”, fijando de este modo una premisa mayor que podría dar cuenta, por derivación deductiva, de las controversias que se suscitan¹⁰¹. Al contrario, la pretensión de este autor es indagar en la palabra “medios”, recurrir a las fuentes que la designan, como la ética médica, los parámetros de la ciencia, los modelos de la costumbre, las regulaciones corporativas, y mostrar cómo se interrelacionan produciendo un corrimiento continuo entre los medios y los resultados. Finalmente, afirma, el concepto de “obligación de medios” es histórico y funcionalmente relativo, lo que da cuenta de los movimientos verificables en la ontología y que erosionan la inmutabilidad del concepto¹⁰².

2.2.3. El contrato de arrendamiento de servicios y el mandato

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Op. cit. pp. 629. Otras críticas a la distinción doctrinal obligación de medios/obligación de resultados en CERVILLA GARZÓN, María, Op. cit., pp. 103 y ss. Para mayor abundamiento sobre las posturas críticas y a favor de esta distinción, Vid. CABANILLAS, Antonio. Op. cit. pp. 31-38.

El arrendamiento de servicios y el mandato son tipos contractuales cuyos supuestos de hechos difuminan sus límites conceptuales. La dificultad de diferenciar estos contratos se debe en gran parte a la enorme latitud del contrato de arrendamiento de servicios, el cual contiene o puede contener prestaciones tan diversas que en realidad lo convierten en una especie de contrato común que alcanza a cubrir parcialmente el campo de regulación de otros contratos¹⁰³. En efecto, se advierte que ambos desempeñan su función en una misma área, la de los contratos en los cuales el objeto es la actividad del hombre considerada como trabajo personal, por lo cual no es extraño comprobar cierta confluencia, y hasta alguna superposición, más que la posibilidad de una oposición entre ambas figuras¹⁰⁴.

Esto se hace patente en el Derecho Romano, en el cual ambos contratos podían tener como objeto la realización de actos materiales, admitiendo el mandato tanto la realización de éstos como de actos jurídicos. La nota de gratuidad que los diferenciaba desapareció al admitirse de manera generalizada la remuneración en el mandato¹⁰⁵. Sin embargo, ambos contratos participaban del carácter de contrato *intuitu personae*. Esta peculiaridad los emparenta y también los distingue, dado que incide diversamente en uno y otro. En el arrendamiento el locador estaba obligado a cumplir con el servicio en forma

¹⁰³ STITCHKIN BRANOVER, David. 2008. El Mandato Civil. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 2008. pp. 56.

¹⁰⁴ JUANES, Norma. 2005. Proximidades y diferencias entre la locación de servicios y el mandato. Revista de derecho privado y comunitario. pp. 269-294. pp. 269.

¹⁰⁵ Op. cit. pp. 274.

personal, por lo que la ejecución del contrato no era sustituible, mientras que, como regla, el mandatario era pasible de ser sustituido¹⁰⁶.

Según Stitchkin, el arrendamiento de servicios inmateriales “se diferencia del mandato en que el objeto de éste es la gestión de uno o más negocios por cuenta del mandante, mientras que en el 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”¹⁰⁷. La diferencia estribaría en el objeto de ambos contratos. En el caso del mandato, la “gestión de uno o más negocios”, que da el art. 2116 C.C. Ch., implica la idea de administrar un negocio ajeno, o sea, gobernar, regir, cuidar y dar término a una operación de interés económico, para lo cual puede ser necesario, en último o en primer término, la ejecución de uno o más actos jurídicos¹⁰⁸. No obstante, la característica de que los negocios sean gestionados a cuenta y riesgo del mandante constituye un elemento quizá de mayor importancia que el anterior, por cuanto es característico a este contrato¹⁰⁹. Agrega este autor: “La expresión ‘de cuenta y riesgo’ significa ‘bajo su responsabilidad’, y en derecho, por cuenta de una persona significa que sólo a esa persona corresponden los productos o beneficios de la cosa o negociación, como asimismo, a ella pertenecen su pérdida o deterioro; y riesgo es el

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ STITCHKIN BRANOVER, David. Op. cit. pp. 74.

¹⁰⁸ Op. cit. pp. 46.

¹⁰⁹ Ibid.

acontecimiento incierto que puede hacer desmerecer la misma cosa o negociación y aun destruirla. Por consiguiente, la expresión ‘por cuenta y riesgo de una persona’ establecida en un contrato, significa que a ella corresponde la responsabilidad de la cosa”, y no es confundible con la institución de la representación¹¹⁰.

En España, el Código Civil en su art. 1.709 define el mandato como aquél por el que “se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. Alonso Pérez señala que “la expresión ‘por cuenta’ (...) no alude a la representación, cuando la actividad comprometida es la prestación de servicios que no consisten en celebrar contratos o actos jurídicamente relevantes para otro individuo. En dicho caso, la expresión ‘por cuenta’ ha de interpretarse en el sentido de ‘para otro’ ”¹¹¹. Agrega más adelante que “en base a que el mandato no es representativo cuando la actividad comprometida no consiste en la realización de actos jurídico-civiles para otros, y a que la representación puede tener como causa gestoría no sólo un contrato de mandato, sino cualquier contrato de servicios, no se puede considerar la representación como criterio definidor del mandato” ¹¹².

Otros autores en España han considerado al mandato como una especialidad del contrato de servicios, caracterizado como un contrato de gestión dirigida por el titular del negocio gestionado, aunque la profesionalidad

¹¹⁰ Op. cit. pp. 47.

¹¹¹ ALONSO, Maria. Op. cit. pp. 119.

¹¹² Op. cit. pp. 120.

del prestador de servicio, en su caso, puede determinar la posibilidad del *ius variandi* sobre las instrucciones del principal¹¹³.

El mandato evolucionó desde su concepción romana pasando de ser gratuito a oneroso y de puro y simple a sujeto a la modalidad de la representación, para terminar siendo ésta un elemento de su naturaleza¹¹⁴. Ahora bien, según Alonso Pérez, en otras legislaciones no ocurre lo mismo: en Italia, la esencia del mandato se encuentra en su objeto, pues sólo cabe para la realización de actos jurídicos; en Alemania, su especificidad reside en su gratuidad; en Francia, en la representación; en España, donde la evolución histórica de la regulación del mandato ha generado una indefinición conceptual, que no permite apreciar fácilmente una característica intrínseca en dicha institución que lo distinga del arrendamiento de servicios, la conclusión es que una misma realidad –o supuesto de hecho- aparece contemplada con dos nombres diferentes por el Código Civil español: esta realidad es la de un acuerdo voluntario por el que un sujeto se compromete a desenvolver una actividad, que puede ir o no encaminada a un resultado, y el otro a pagarle un precio¹¹⁵. Por lo demás, ya en el Digesto se preveía cierta proximidad entre el arrendamiento de servicios y el mandato: “El mandato... si interviene una cantidad, el negocio se parece más a un arrendamiento” (Digesto, 17, 1, 1, 4.).

¹¹³ VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. Op. cit. pp. 251

¹¹⁴ Op. cit. pp. 31.

¹¹⁵ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 127

Como se ve, estos contratos comparten afinidades que difuminan sus límites conceptuales; sin embargo, hay dos diferencias que pueden considerarse relevantes al momento de estructurar ambos contratos:

1. Obligación de hacer: ambos imponen obligaciones de hacer mediante la actuación personal del obligado. Esa actividad se realiza en función de la necesidad o conveniencia del co-contratante, por lo que pueden calificarse como negocios de cooperación¹¹⁶.

Este contenido obligacional, si bien coincide en su naturaleza (obligación de hacer), difiere en su alcance en ambos contratos. En el mandato, lo destacable es la naturaleza o índole del encargo, estrictamente comercial, consistente en celebrar actos jurídicos con terceros en interés del principal, con lo que el mandatario cumple con la finalidad específica del contrato, que es prestar su colaboración desempeñando una interposición gestoría, representativa o no según medie o no *contemplatio domini*¹¹⁷. Al mandatario le compete desarrollar su actividad teniendo en miras el interés de su mandante, a fin de cumplir con fidelidad la encomienda recibida, evitando causarle cualquier perjuicio, observando el deber de confianza que pesa sobre él de manera primordial como gestor de un patrimonio ajeno, y en tal carácter, obligado a rendir cuentas de su gestión. El contenido de la prestación a su cargo necesariamente comporta una obligación de hacer que puede ser una mera diligencia o un

¹¹⁶ JUANES, Norma. Op. cit. pp. 282.

¹¹⁷ Op. cit. pp. 283.

resultado determinado¹¹⁸. En cambio, el locador de servicios sólo se compromete a desarrollar una actividad útil para el locatario, que se concreta en actos materiales o intelectuales, ejecutados con vistas a una finalidad o resultado que no está dentro de la competencia o responsabilidad del locador¹¹⁹. Por lo tanto, “no incluye la realización de actos jurídicos a título de interposición gestoría dentro del núcleo central del interés prestacional del locatario”¹²⁰.

2. Elemento fiduciario: este elemento no reviste la misma intensidad en uno y otro contrato, siendo mayor en el mandato. En el mandato esta condición fiduciaria se manifiesta desde su génesis hasta sus efectos: el mandato puede constituirse en persona incapaz (art. 2128 C.C.Ch.), el derecho recíproco a poner fin al vínculo por revocación o por renuncia, obligación que se impone al mandatario del sacrificio de sus propios intereses si colisionaran con los de su mandante (art. 2150 C.C.Ch.)¹²¹. En cambio, en la locación de servicios el elemento fiduciario, si bien es importante, no se proyecta normativamente como ocurre con el mandato, aunque en el caso de los servicios profesionales el grado de confianza convertirá normalmente al contrato en uno *intuitu personae*¹²².

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Op. cit. pp. 284.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Op. cit. pp. 285.

¹²² Ibid.

Sea que se trate de un caso particular en que pueda haber concurso de normas, o bien otros en que las diferencias planteadas sean suficientes, la eventual duplicidad de regulaciones se ve morigerada por la parvedad de la regulación de párrafo noveno del título XXXI, y la norma del art. 2012, en relación al art. 2118 del C.C.Ch., que permite resolver (aunque con las salvedades que se expondrán posteriormente) las cuestiones que se suscitan en torno a la prestación de servicios profesionales.

CAPITULO SEGUNDO

LA CODIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS EN CHILE

1. Contratos de arrendamiento de servicios en general

El art. 1915 C.C.Ch. formula una definición inclusiva de todos los tipos de arrendamiento conceptuándolo como un “contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”. Por lo tanto, según el Código Civil Chileno, el arrendamiento puede ser de cosas, de obra y de servicios.

Según Stitchkin, estas tres modalidades presentan tales diferencias entre sí, que el legislador se ha visto en la necesidad de dar a cada una de ellas una reglamentación propia y hasta cierto punto independiente, siendo lo único que uniría al arrendamiento de servicios con el de cosas la concesión temporal del goce de un bien determinado; en cambio, lo que lo diferencia -conjuntamente con el arrendamiento de obra- es el valor trabajo, elemento que en el arrendamiento de cosas tiene el carácter de una prestación accesorio, mientras que en aquél constituye la prestación fundamental¹²³.

¹²³ STITCHKIN BRANOVER, David. Op. cit. pp. 57.

Este autor, partiendo desde un concepto amplio de servicios entendido como desenvolvimiento de una actividad humana, entiende al contrato de arrendamiento de servicios como un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, una a ejecutar una obra o prestar un servicio y otra a pagar por esta obra o servicio un precio determinado; y lo clasifica en tres tipos atendiendo a la naturaleza de los servicios que se presten: arrendamiento de servicios materiales, arrendamiento de servicios inmateriales y contrato de obra o confección de una obra material. El arrendamiento de servicios materiales quedaría circunscrito al arrendamiento de criados domésticos y al de servicios de obreros, que son materia, hoy en día, del contrato de trabajo¹²⁴.

Por su parte, la autora María Rodríguez Pinto señala que, como modelo más genérico, el Código Civil Chileno distingue entre servicios que consisten en la confección de una obra material, donde el que encarga el servicio espera como resultado una obra; y servicios “en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano” (artículo 2006), que el Código denomina “servicios inmateriales”, donde al contrario de lo que ocurre en los servicios materiales, el resultado “material” no debería integrar la prestación de obligado¹²⁵. Sin embargo, el Código Civil Chileno ofrece ejemplos de servicios inmateriales en los que se compromete un resultado: “una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso” (artículo 2006), de lo que se desprende que los servicios

¹²⁴ Op. cit. pp. 59.

¹²⁵ RODRIGUEZ PINTO, María. “La responsabilidad civil del proveedor...”. pp. 472-473.

inmateriales también pueden ser servicios de resultados, así como los servicios de custodia (artículo 2219) y transporte (artículos 2013 a 2021, título 5° del libro IV del Código de Comercio)¹²⁶.

A continuación daremos las notas comunes del régimen jurídico del arrendamiento de servicios, englobando en este supuesto tanto las obras como los servicios propiamente tales.

1.1. Características comunes al arrendamiento de obra y al arrendamiento de servicios inmateriales.

1.1.1. Formación del contrato: objeto, precio y causa

El contrato de arrendamiento de servicios tiene carácter consensual, por lo que basta para su perfeccionamiento el acuerdo de las voluntades de los contratantes sobre la cosa y el precio, sus elementos esenciales (art.1443 C.C.Ch.). No obstante, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, no habría inconveniente para que las partes convengan ciertas solemnidades que constituyan requisitos para el perfeccionamiento del contrato. El propio artículo 1921 C.C.Ch reconoce esta facultad de los contratantes: “si se pactare que el

¹²⁶ Ibid.

arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga, o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada.”

La única salvedad debida es que como en el caso presente no pude hablarse de entrega de la cosa, ésta circunstancia debe ser reemplazada por el principio de ejecución del contrato¹²⁷.

El consentimiento presenta particularidades que dificultan la determinación de su validez jurídica en los casos extremos del ámbito de la medicina, pero ello excede el propósito de esta tesis.

De la definición dada por el artículo 1915 C.C.Ch. se desprende que los elementos esenciales del arrendamiento de servicios, al igual que en el arrendamiento de cosas, son: el objeto o cosa, el precio y la causa.

A continuación analizaremos cada uno de estos elementos.

a. El Objeto o cosa:

La definición del art. 1915 C.C.Ch. nos dice que el objeto del contrato del contrato de arrendamiento de servicios es un servicio (lo que lo contrapone a la obra), precisando en el artículo 2006 C.C.Ch. que estos servicios son

¹²⁷ SALGADO. Op. cit. pp. 53.

inmateriales porque constituyen una obra inmaterial o una material en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano.

Ahora bien, un servicio, desde el punto de vista económico, es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto. Se caracterizan porque agregan valor aportando una tecnología propia de la información. El que presta un servicio aporta un know-how y lo hace a un menor costo que el que tendría quien lo recibe si lo hiciera por sus propios medios. El servicio involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puedan darse, son accesorios de la finalidad principal¹²⁸.

Para clarificar aún más este concepto conviene contrastarlo con la obra que, según el art. 1915 C.C.Ch., constituye otra de las variantes del contrato de arrendamiento. En la locación de obra se contrata la utilidad de la persona y no a la persona en cuanto es útil. Este producto debe ser reproducible con independencia de su autor. La reproducibilidad no es la obra, sino un requisito de su disponibilidad, lo que la acerca a la noción como opus técnico, en el cual lo esencial es la obligación de hacer. El servicio, por el contrario, es intangible, desaparece al primer consumo, y es necesario que concurra el autor para hacerlo nuevamente¹²⁹.

¹²⁸ LORENZETTI. Op. cit. pp. 580-590.

¹²⁹ Op. cit. pp. 592-593.

La Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual señala que “La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión...”, entendiéndose por el término “expresión” el soporte material que la hace reproducible.

Para Alonso Pérez, “el servicio implica una obligación de hacer; supone la efectiva realización de un trabajo concreto, que, en sí mismo considerado, representa un valor económico”¹³⁰.

Determinación del servicio: La realidad objetiva en torno a la que gira un contrato debe precisarse suficientemente para que la identificación del objeto que la constituye no plantee problemas insolubles. Ahora bien, atendido que el contrato de arrendamiento de servicios propiamente tal puede tener por objeto tanto una obligación de resultado como una obligación de medio, su objeto o cosa puede variar conforme a la naturaleza obligacional del contrato.

Análisis de los requisitos del objeto en caso de servicios no encaminados a la consecución de un resultado: el art. 1461 C.C.Ch. requiere que el objeto de la prestación “esté determinado, a lo menos, en cuanto a su género”. El grado de individualización mínimo requerido legalmente se fija, como se ve, respecto a las cosas, por lo que, ante la ausencia de

¹³⁰ ALONSO PEREZ, Maria. Op. cit. pp. 367

parámetros legales de determinación requeridos para los servicios, se ha de procurar, en cuanto sea posible, transportar a los mismos los establecidos para las cosas, que son, fundamentalmente, la especie y la cantidad.¹³¹ El género, según Díez Picazo, es “un conjunto más o menos amplio de objetos de los que se puede predicar unas condiciones comunes”¹³². Este criterio puede utilizarse para determinar un servicio: pudiendo hablar de servicios jurídicos, médicos, arquitectónicos, etc.¹³³.

La cosa requiere que se establezca su cantidad o ser “incierto con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”, según lo prescribe el citado artículo 1461 C.C.Ch.

Si una relación contractual en torno a una cosa determinada únicamente en su género no es válida, tampoco lo será la relación constituida en torno a un servicio precisado únicamente en su género. Por lo tanto, la obligación de hacer alcanza concreción sólo a través de la indicación de un opus u otro resultado de la actividad a desarrollar, o bien de la indicación de las actividades a que el deudor viene constreñido¹³⁴, que ha de venir dado necesariamente por el resultado u opus, con independencia de que sea o no obligatoria su consecución en virtud del acuerdo contractual¹³⁵. “Por lo tanto, el resultado u opus, que no es otra cosa sino el problema que solventar, sirve como criterio

¹³¹ Op. cit. pp. 369.

¹³² DIEZ PICAZO. “Sistema...”. pp. 156.

¹³³ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 370.

¹³⁴ Op. cit. pp. 469.

¹³⁵ Op. cit. pp. 371.

determinante de los contratos civiles genéricos de trabajo”¹³⁶, o sea, tanto para los que contratos de arrendamiento de obra como para los de arrendamiento de servicios. Ahora bien, los fines generales de las profesiones no individualizan el trabajo a desarrollar por el profesional en el grado necesario para la plena efectividad de una concreta relación contractual, sino que sólo en base a una prospección por parte del arrendador del servicio es que cabe delimitar en toda su extensión la actividad debida¹³⁷.

Determinabilidad: en caso de no estar determinado el objeto del contrato, ello no obsta a la validez del mismo, ya que lo único que debe estar precisado ab initio es su género. En cuanto al resto de las especificaciones necesarias para la validez del contrato -la cantidad para las cosas y el problema a solventar para los servicios-, no es imprescindible que se encuentren perfilados desde el comienzo de la relación, sino que basta con que se hayan sentado los criterios que permitan su posterior individualización sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes implicadas. Es más, “a veces se desconoce, en el momento de perfeccionarse el acuerdo, cuál es ese fin, no obstante ser el perseguido por las partes. Se ignora normalmente el problema concreto y determinado a cuya solución debe ordenar el prestador del servicio su actividad”¹³⁸. En las relaciones contractuales de servicios, sin embargo, se encuentran normalmente delimitados los criterios que permitirán una posterior

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Op. cit. pp. 372.

¹³⁸ Op. cit. pp. 374.

concreción. Se trata de una serie de datos objetivos que deberán ser interpretados en base a la formación técnico-profesional específica y la experiencia de las que dispone el prestador del servicio¹³⁹.

Lo más frecuente en el caso de prestadores de servicios profesionales es que sea el propio profesional el que determine el servicio, aun cuando se otorgue al particular cierto margen para la fijación de algunos criterios que posibiliten la posterior concreción por parte de aquél. Podría sostenerse que esta determinación del servicio o de la cosa al mero arbitrio de una de las partes equivaldría a dejar en manos de la voluntad de uno de los sujetos la validez del contrato, es decir, se trataría de una condición meramente potestativa de la voluntad de una de ellas. “Sin embargo, no existe contravención, pues el profesional no opera arbitrariamente, sino que parte de criterios objetivos: por un lado, datos fácticos proporcionados por la realidad, las instrucciones y preferencias que le manifiesta el particular, y, por último, su específica formación técnica, además de su experiencia”¹⁴⁰. Si la determinación se dejara en manos del particular, en este caso sí habría una determinación arbitraria, salvo cuando tuviera conocimientos específicos en el tema¹⁴¹.

También es válida la determinación del elemento objetivo por terceros, al igual que sucede con el precio, al cual se aplican las normas contenidas en el título del arrendamiento de obra.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Op. cit. pp. 375.

Posibilidad: el objeto, conforme el art. 1461 C.C.Ch., debe cumplir con la condición de su posibilidad, tanto física como moral. Son cosas imposibles “aquellas que no pueden llegar a existir o no pueden alcanzarse por nadie, tomando como referencia el momento de la celebración del contrato”¹⁴².

En el caso del contrato de arrendamiento de servicios, en que el fin perseguido no es debido *in contractu*, el hecho de que el resultado no haya sido obtenido por nadie, no lo hace imposible. Alonso señala que “la imposibilidad actual del fin no implica la del servicio, ya que cabe desarrollar una actividad humana tendiente a su consecución. Es imposible el resultado final, no el elemento objetivo. El problema cuya consecución se pretende no es el elemento en que se objetiva el contrato, sino el parámetro que ayuda a su determinación (...)”¹⁴³.

Análisis de los requisitos del objeto en caso de servicios encaminados a la consecución de un resultado: se trata, en este supuesto, de contratos de arrendamiento de servicios en que el prestador del servicio se compromete a conseguir un resultado determinado, lo que implica que tanto el fin último perseguido como el trabajo necesario para su obtención son los elementos objetivos referenciales del contrato¹⁴⁴.

Posibilidad: en estos contratos, el juicio de posibilidad de refiere al momento de celebración del acto. “El fin se objetiva, pasando a formar parte de

¹⁴² Op. cit. pp. 376.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Op. cit. pp. 383.

la estructura elemental de la relación. De manera que el contrato será nulo, si en el momento de su celebración, el resultado es de imposible consecución (...)”¹⁴⁵.

En caso de contratos en que existe aleatoriedad en la obtención de un resultado, la incertidumbre no implica necesariamente imposibilidad, por lo que serían válidos del mismo modo como es válida la compraventa a la suerte¹⁴⁶.

b. Precio

De la definición del artículo 1915 C.C.Ch., el precio o remuneración, corresponde a un elemento esencial del contrato de arrendamiento. Por lo tanto, por definición, este contrato corresponde al tipo de los onerosos, según el artículo 1440 C.C.Ch. Si las partes no pactan precio, como sucede normalmente en las prestaciones de servicios de profesionales liberales, ello no implica que no exista, pues lo común es que se trate de relaciones onerosas. Es posible, por tanto, admitir una presunción *iuris tantum* en favor de la onerosidad de la relación. Aplicando una interpretación teleológica de los contratos (art. 1546), se concluye que, atendiendo su función económico-social, los tipos

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Op. cit. pp. 384.

contractuales de servicios buscan proporcionar al trabajador los recursos necesarios para su manutención y subsistencia¹⁴⁷.

Según Salgado Alegría, el precio, en virtud de artículo 1917 C.C.Ch. y del principio de autonomía de la voluntad, puede consistir tanto en dinero como en ciertas prestaciones en especie¹⁴⁸. Sin embargo, el art. 1917 C.C.Ch. señala que “el precio puede consistir ya en dinero, ya en frutos naturales de la cosa arrendada (...)”. Por lo tanto, de esta definición de precio se excluyen las prestaciones en especie o de servicios como contraprestación (intercambio de servicios). El intercambio de servicios constituiría un contrato atípico, cuya regulación debiera determinarse conforme a la aplicación analógica del contrato de arrendamiento de obra o del contrato de mandato, según el tipo de obligaciones que genere¹⁴⁹. Los contratos de servicios cuyo precio consista en una contraprestación de cosas distintas al precio deben calificarse de contratos mixtos, en los que una de las prestaciones es característica de los contratos de servicios o de obra, y la otra, de la permuta. Aplicando la teoría de la combinación, “la normativa aplicable sería, la de permuta en relación al bien sobre el que pueden recaer titularidades; y la de los contratos de servicios o de

¹⁴⁷ Op. cit. pp. 408.

¹⁴⁸ SALGADO ALEGRÍA, Luciano. 1945. Del arrendamiento de servicios inmateriales. Memoria: tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad de Chile, Escuela Tipográfica Salesiana. pp. 56.

¹⁴⁹ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 415.

obra –según el caso-, en relación a la prestación que consiste en el desenvolvimiento de una actividad”¹⁵⁰.

El art. 1915 C.C.Ch. establece que el precio debe ser determinado. Esta determinación exigida no obsta a que el contrato pueda tener caracteres de aleatoriedad por medio de cláusulas estipuladas por las partes. En efecto, el significado del vocablo “determinado” no puede ser otro que el de previo acuerdo de las partes acerca de su monto o cuantía; pero, de ningún modo necesario ocurrencia de su pago¹⁵¹.

Falta de precio en el contrato: Como se señaló más arriba, el precio constituye un elemento de la esencia del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. De conformidad al art. 1444 C.C.Ch., los elementos de la esencia son aquellos cuya falta genera que el contrato no produzca efecto alguno o produzca otro diferente. Por lo tanto, la cuestión que surge es determinar en qué contrato diferente degenera esta falta.

Según algunos autores, como Pothier, el contrato degeneraría en un mandato gratuito. Para otros, como Baudry-Lacantinerie y Wahl, el arrendamiento de servicios sin precio es una donación de servicios. Contra esta postura, se erige el tenor literal de la norma del art.1398 C.C.Ch., al señalar que “no hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento”, en relación con el art.1396, que, a su vez, establece que “los

¹⁵⁰ Op. cit. pp. 418.

¹⁵¹ SALGADO ALEGRIA, Luciano. Op. cit. pp. 58.

servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan”¹⁵².

La postura sostenida en esta tesis es que tanto el contrato de arrendamiento de servicios como el contrato de servicios gratuito constituyen contratos atípicos que deben ser colmados mediante el procedimiento analógico.

Fijación del precio por un tercero: en defecto de la voluntad de las partes, el art. 1998 C.C.Ch. se encarga de regular la fijación del precio por un tercero, por expresa remisión del art. 2006 C.C.Ch. Esta norma regula dos hipótesis: primero, que el tercero llamado a fijar el precio muera antes que el contrato ha empezado a ejecutarse, en cuyo caso el contrato será nulo: y segundo, que el tercero muera después que el contrato ha empezado a ejecutarse, pero antes de haber fijado el precio, en cuyo caso el precio se fija por peritos. Sin embargo, esta norma regula sólo el supuesto de la muerte del tercero, dejando a salvo los demás casos en que no se fijara el precio. Por remisión del art. 1918 C.C.Ch., que señala que el precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta, se llega a la conclusión del art. 1809 C.C.Ch., que prescribe a su vez: “podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinase, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que convinieren los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los

¹⁵² Citados por SALGADO ALEGRIA, Luciano. Op. cit. pp. 59.

contratantes.” En efecto, para que se apliquen estas reglas supletorias, la falta de fijación del precio por el tercero designado, que obedece a otra causa que la muerte del mismo, tiene que producirse antes de que comience a darse cumplimiento a lo pactado¹⁵³.

Ahora bien, si las partes no han convenido en torno al precio, el art. 1997 C.C.Ch. se encarga de señalar que “Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.” Como se ve, esta norma es una excepción al principio de la consensualidad de los actos. Razones de índole económica como jurídica son evidentes, pues el tráfico jurídico-económico hace a veces muy onerosos los costos de transacción que importa fijar el precio, sin contar con los problemas éticos que un profesional liberal puede enfrentar al otorgar a esta consideración una relevancia superior al servicio mismo, por ejemplo, en el caso de los médicos.

Ahora, para que opere la presunción del art.1997 C.C.Ch., según Salgado Alegría, es necesario que se pruebe el hecho de la prestación de servicios, no el convenio mismo¹⁵⁴. Finalmente, tratándose se hechos y no de actos jurídicos, no opera la limitación probatoria del art. 1709 C.C.Ch.

¹⁵³ Op. cit. pp. 60.

¹⁵⁴ Op. cit. pp. 62.

c. La Causa

Sin adentrarnos a la polémica en torno al concepto de causa y la difusa niebla que cubre esta noción, nos limitaremos a señalar que -utilizando el concepto de causa generadora de obligaciones, cuya utilidad en la práctica es la determinación del negocio, en tanto sea la relación gratuita u onerosa- la defectuosa sistematización de los servicio hace imposible percibir las diferencias estructurales entre los tipos contractuales gratuitos y onerosos, de donde resulta su ineficacia e irrelevancia.

1.1.2. Desistimiento

La única norma ubicada dentro del párrafo noveno referida al término del contrato arrendamiento de servicios inmateriales es el art. 2006 C.C.Ch., que cabe poner en concordancia con el art. 1999 C.C.Ch. En virtud de esa norma, es necesario distinguir si las partes estipularon o no el desahucio. Si así lo estipularon, terminará el contrato previo desahucio hecho en la forma convenida. Si nada se estipuló acerca del desahucio, las partes podrán poner término al contrato cuando quieran. Con todo, si la retribución que recibirá el prestador del servicio consiste en pensiones periódicas, el aviso de término del

contrato deberá darse con una anticipación de medio período a lo menos.¹⁵⁵

Esta norma tiene aplicación subsidiaria tratándose de servicios profesionales, a los que se aplica por remisión del art. 2012 en relación al art. 2118 C.C.Ch. las normas contenidas en el título que regula el mandato. En este estatuto se regula especialmente la institución del desistimiento como forma de terminar el contrato. El desistimiento es “una declaración de voluntad por la que uno de los contratantes da por finalizada la relación contractual antes del tiempo previsto”

¹⁵⁶

Ahora, ¿existe esta facultad de desistir en todos los contratos de servicios que se celebren? Es necesario distinguir entre contratos de servicios de duración indeterminada y contratos de servicios de duración determinada. En general, en los primeros, el desistimiento se fundamenta en la inconveniencia de mantener indefinidamente a las partes vinculadas, que se erige como principio que se refleja en distintos contratos de nuestro ordenamiento, como la sociedad o el mandato. Este tipo de desistimiento es *ad nutum*, no requiere en principio indemnización y debe ejercitarse de acuerdo con el principio de la buena fe, que exige normalmente un preaviso ¹⁵⁷ (art. 2167 C.C.Ch.).

En el caso de los contratos de servicios de duración determinada prestados por profesionales, el estatuto del mandato contempla dos supuestos

¹⁵⁵ ORREGO. Op. cit. pp. 476.

¹⁵⁶ RODRIGUEZ GUITIAN, Op. cit., pp. 684.

¹⁵⁷ Op. cit. pp. 685.

de desistimiento, la revocación y la renuncia, “explicándose tal diversidad terminológica en la configuración tradicional del mandato como negocio estipulado en el interés de una sola de las partes”¹⁵⁸, que ocasiona, como ya se señaló, efecto discordantes entre los fines jurídico-económicos del contrato y los resabios de su regulación romana

En concordancia con lo sostenido en esta tesis, la aplicación de normas relativas a la terminación del contrato variará según la aplicación analógica entre los estatutos del contrato de arrendamiento de obra y el de mandato. Sin embargo, hacemos notar que éste tema desborda el ámbito de esta tesis y requiere un estudio pormenorizado que lo trate¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Op. cit. pp. 687.

¹⁵⁹ Para un análisis detallado de la aplicación del instituto del desistimiento del contrato de mandato en los contratos de servicios profesionales en España, aplicando el criterio analógico, Vid. CERVILLA, Op. cit. y RODRIGUEZ GUITIAN, Op. cit.

1.2. Distinción entre el contrato de arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios

1.2.1. Arrendamiento de obra

El arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material se puede definir como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material (art. 1918 C.C.Ch.)¹⁶⁰.

Alessandri agrega que “cabén dentro de este contrato los más variados trabajos: el de sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre”¹⁶¹, es decir, debe haber un sustrato material que acompañe al producto.¹⁶² Por ende, en nuestro derecho, la doctrina es conteste en incluir dentro de este contrato sólo los servicios que constituyan obligaciones de resultado con un sustrato material asociado al producto, por lo que no cabría confundirlo con el arrendamiento de servicios inmateriales, a diferencia, pues, de lo que ocurre en otras legislaciones, como la argentina, en que el contrato se define como aquel

¹⁶⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. 1988. De Los Contratos. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur. pp. 182.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² PUELMA ACCORSI, Álvaro. 1991. Contratación comercial moderna. Santiago de Chile, Jurídica de Chile. pp. 80.

por el cual una de las partes denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor artista) se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada el locatario de obra se obliga a pagar un precio determinado en dinero¹⁶³.

1.2.2. El Contrato de arrendamiento de servicios inmateriales: Crítica al concepto de inmaterialidad.

El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se encuentra regulado en el Libro IV, título XXVI, y, en específico, en el párrafo noveno, junto al arrendamiento de cosa y de obra.

El contrato de servicios inmateriales, conforme lo establecido en el artículo 2006 C.C.Ch., es aquel en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a ejecutar una obra inmaterial o una material en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, y la otra a pagar por este servicio un precio determinado¹⁶⁴.

De las disposiciones recogidas en el párrafo noveno se desprenden también las siguientes clasificaciones del contrato de servicios inmateriales: una, desde el punto de vista de la calidad del arrendador, que distingue entre aquellos que dependen de una profesión literaria o artística o simplemente

¹⁶³ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 660. Este entendimiento del contrato descansa en las mismas bases en el Código Civil alemán (BGB) y en el Código Federal Suizo de las Obligaciones.

¹⁶⁴ SALGADO ALEGRÍA, Luciano. Op. cit. pp. 17.

contrapuesta a la noción de artes mecánicas, y aquellos prestados por personas que ejercen una profesión liberal; y otra que, atendiendo al contenido de la obligación, distingue entre aquellos que consisten en encargos que tienen por objeto una obra inmaterial de carácter indivisible, que debe cumplirse aisladamente y no en modo sucesivo (por ejemplo, un artista a quien se hubiese encomendado la confección de un cuadro o la composición de una ópera, el abogado que debe informar en derecho, etc.); y aquellos que tienen por objeto los servicios del arrendador en que el cumplimiento del contrato exigirá una larga serie de actos, cada uno de los cuales puede ser ejecutado separadamente (art.2006).

La importancia estas dos clasificaciones radica en las normas que hace aplicables a cada tipo de servicios la normativa del párrafo noveno. En virtud de la primera clasificación, a las obras de inteligencia opuestas a las artes mecánicas se aplican las disposiciones del párrafo noveno; a las de profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros (art. 2118 C.C.Ch.), se les aplican las normas que reglan el mandato y las normas del párrafo noveno en lo que no sean contrarias a aquéllas. La segunda clasificación importa que los servicios que consisten en obras inmateriales aisladas se sujeten a los arts. 2006, 1997, 1998, 1999 y 2002 del C.C.Ch.; y que a los servicios inmateriales continuos se les aplican los art. 2006 hasta el 2012 inclusive, debiéndose observar respecto de cada obra en particular las disposiciones de los artículos a

que se refiere el 2006 C.C.Ch.¹⁶⁵. Esto último deja entrever que la Ley asimila la modalidad de servicios que consisten en obras inmateriales aisladas al contrato de confección de obra material¹⁶⁶.

De lo anterior se desprende que no se establecería otra diferencia cualitativa entre los contratos de arrendamiento de obra y de servicios inmateriales que el criterio de la inmaterialidad, máxime si los ejemplos que cita el artículo 2006 C.C.Ch.: una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, corresponden también a la noción de obra, entendida como obligación de resultado, lo que hace suponer que se acepta la existencia de obligaciones de resultado tanto en los contratos de arrendamiento de obra como en los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales.¹⁶⁷ Cabe preguntarse además qué ocurre con los servicios que enumera a título ejemplar el art. 2522, inciso 2° C.C.Ch.: “servicios que se prestan periódica o accidentalmente: como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.”, que no se corresponden a la noción de servicios inmateriales (según la inteligencia que nos permite de éstos el artículo 2006 C.C.Ch.), que deja sin normar el título XVI del libro IX y llevan aparejados un plazo excepcional de prescripción de un año.

¹⁶⁵ Op. cit. pp. 70.

¹⁶⁶ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. 2011. El contrato de arrendamiento. 2°. Santiago: Editorial Metropolitana. pp. 476.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ PINTO, María Sara. “La responsabilidad civil del proveedor...”. pp. 474.

El problema principal subyace a la comprensión del adjetivo “inmaterial”, que acompaña a esta regulación de servicios y que erige la pregunta sobre qué debemos entender por inmaterialidad. Según el art. 2006 C.C.Ch., son obras inmateriales, aquellas que constituyen obras de la inteligencia o bien aquellas en las cuales la inteligencia predomina sobre la obra de mano. Aparentemente no habría lugar a confusión conceptual, mas la subsunción a la norma de la diversidad innúmera de los casos concretos puede generar más dificultades. En general, todas las prestaciones de servicios, en cuanto constituyen una actividad humana, tienen un aspecto material y otro intelectual. La norma del art. 2006 C.C.Ch. plantea un criterio cualitativo de relevancia en la actividad ya sea del elemento intelectual, ya del material. Ahora, ¿cómo sabemos qué elemento prima sobre el otro?

La dificultad para resolver el problema a cuya solución se encamina el trabajo podría ser un criterio orientador. Sin embargo, la dificultad es algo eminentemente subjetivo y variable, por lo cual la solución dada siempre será particular y no contará como criterio suficiente. Tradicionalmente se ha señalado que de las características de la formación del prestador del servicio dependerá si el servicio es intelectual o material. Este punto tampoco satisface pretensiones de universalidad, puesto que “la duración de los estudios tampoco se sitúa en relación de proporcionalidad con la dificultad del objeto de trabajo, sino que más bien depende de variables políticas y sociales siempre relativas a

lugar y tiempo”¹⁶⁸. Por ello, no parece acertado el binomio intelectualidad-materialidad para discriminar entre actividades humanas encaminadas a la resolución de problemas cuya dificultad no es susceptible de ser objetivamente valorada¹⁶⁹.

El contrato de arrendamiento de servicios regulado en los artículos 2006 C.C.Ch. y siguientes adquiere, por lo tanto, un carácter residual en tanto que contiene todos los supuestos de servicios que no se encuadren dentro de los tipos especiales referidos, principalmente el mandato y el arrendamiento de obra. En definitiva, desechado el criterio de la inmaterialidad y aceptado que pueda contener tanto obligaciones de medio como obligaciones de resultado, este contrato puede ser integrado analógicamente como contrato atípico, adquiriendo una versatilidad compatible con la actual diversidad fáctica que ofrecen los servicios en el tráfico jurídico-económico moderno.

2. Contratos de arrendamiento de servicios en particular

2.1. Inapropiada remisión normativa en el caso de los contratos de servicios celebrados por profesionales.

¹⁶⁸ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 38.

¹⁶⁹ Op. cit. pp. 39.

No obstante el carácter residual de este contrato, nuestro Código Civil atenúa las dificultades de la sistemática de los servicios estableciendo un factor de imputación normativa en el art. 2012 (en relación al art. 2118 C.C.Ch.), que distingue entre aquellos que dependen de una profesión literaria o artística o simplemente contrapuesta a la noción de artes mecánicas, y aquellos prestados por personas que ejercen una profesión liberal. A las obras de inteligencia opuestas a las artes mecánicas se aplican las disposiciones del párrafo noveno; a las de profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros (art. 2118 C.C.Ch.), se les aplican las normas que reglan el mandato, y las normas del párrafo noveno en lo que no sean contrarias a aquéllas. En virtud de esta norma, el régimen del mandato se aplica de forma preeminente a las relaciones de servicios que cumplan las características que señala. Ahora, esto no significa que éstas relaciones de servicios deban caracterizarse per se como contratos de mandato¹⁷⁰.

Corresponde ahora determinar los supuestos de aplicación de ésta norma. Posteriormente se somete a crítica esta remisión normativa.

2.1.1. Supuestos de aplicación del art. 2118 C.C.Ch.

¹⁷⁰ STITCHKIN BRANOVER, David, Op. Cit. pp. 75.

El art. 2118 C.C.Ch. nos habla sobre los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros. Analicemos cada supuesto en particular.

a. Servicios de profesiones y carreras que suponen largos estudios

Como se señaló al principio de este trabajo, el trabajo en Roma era fundamentalmente desarrollado por lo esclavos, de forma que no eran frecuentes los contratos cuyo elemento objetivo fuera la prestación de trabajo libre¹⁷¹. Los esclavos no eran considerados sujetos de derecho, sino que, al contrario, constituían objeto de actos jurídicos. Es por ello que el arrendamiento *-locatio-* era la figura apta para albergar la prestación de trabajos serviles.

Al otro lado de encontraban, en cambio, los profesionales, a quienes se les identificaba principalmente por los trabajos de índole intelectual que realizaban. La alta consideración que les tributaba la sociedad romana hacía inconcebible suponerlos incluidos dentro de la figura del arrendamiento, ya que, para la mentalidad romana, el ánimo de lucro no formaba parte del desarrollo de estas actividades¹⁷². El reflejo jurídico de esta concepción social de los

¹⁷¹ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 61.

¹⁷² Ibid.

profesionales intelectuales consiste en someter su actividad a la disciplina del mandato, caracterizado por su esencial gratuidad¹⁷³.

Es por ello que en el Derecho Romano profesión intelectual y profesión liberal venían a ser términos casi sinónimos: las *operae libres* eran aquellas que, por su alto contenido de actividad intelectual, estaban reservadas a los ciudadanos libres, frente a las labores, propias del esclavo, fundamentalmente manuales¹⁷⁴.

Ahora como entonces, es un hecho que el Derecho no considera de la misma manera los servicios prestados por quien revista la calidad de “profesiones” que aquellos otros prestados por un “servidor ocasional”, un mero práctico, un aficionado o un amateur¹⁷⁵.

Ahora bien, una interpretación acotada de las profesiones supone reconocer los siguientes hechos relevantes que el Derecho ha recogido:

- La separación y autonomía del “contrato de trabajo” que comprende todos los servicios, cualquiera sea su índole o naturaleza, prestados en relación de dependencia jurídica y económica¹⁷⁶.

¹⁷³ Op. cit. pp. 62.

¹⁷⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 1998. “La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal”. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. pp. 15.

¹⁷⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2005. Contratos de servicios. los servicios prestados por profesionales. Revista de derecho privado y comunitario. Vol. I. pp. 33-48. pp. 33.

¹⁷⁶ Op. cit. pp. 36.

- La necesidad de regular ciertas profesiones que se consideran de particular relevancia o jerarquía, por estar relacionadas con bienes de sumo valor, como la salud, la justicia, etc.¹⁷⁷.
- Preocupación por tutelar a los consumidores y usuarios de servicios, que deriva en la idea de profesionalidad que se extiende a todos aquellos que tienen sobre determinado tema una cierta especialidad o preparación, en contraposición al profano¹⁷⁸.

Ahora bien, corresponde indagar en qué debe entenderse por “profesión”. Para Couture, el vocablo “profesión” puede definirse como “dignidad, arte u oficio que ejerce una persona en forma normalmente habitual y pública”¹⁷⁹. Algunos autores, en un sentido estricto, señalan que profesión es toda actividad desarrollada en forma habitual -o sea de manera continuada y como “modus vivendi” de la persona-, con autonomía técnica, que cuenta con reglamentación, requiere una habilitación previa y se presume onerosa; pudiendo asimismo estar sujeta a colegiación y sometida a normas éticas y a potestades disciplinarias¹⁸⁰. Así, los elementos del concepto de profesión en sentido restringido serían las siguientes: (i) habitualidad en su ejercicio; (ii) necesidad de previa habilitación; (iii) presunción de onerosidad; (iv) autonomía

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ COUTURE, EDUARDO. 1960. Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Montevideo, Bianchi Altuna. 606p. pp. 484.

¹⁸⁰ TRIGO REPRESAS, FELIX – LOPEZ MESA, MARCELO J. 2004. Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomos I y II. Buenos Aires, Editorial La Ley. pp. 272.

técnica; (v) sujeción a colegiación; (vi) sumisión a principios éticos; y (vii) sometimiento a potestades disciplinarias, por vía de la colegiación o aun sin ella¹⁸¹.

La tendencia moderna, desde la perspectiva del estudio de las responsabilidades profesionales, se inclina a dar un concepto mucho más amplio de lo que debe entenderse por profesión. Según este enfoque, la profesionalidad no estaría marcada por la existencia de un “título”, sino por el hecho de poseerse un cierto nivel de conocimientos en una determinada materia, por encima de los del común de la gente; de forma tal que con la palabra “profesional” se alude a todo aquel que por tal razón es un experto en relación con el profano que requiere sus servicios. Con este entendimiento se puede considerar “profesional” a quién, teniendo especiales conocimientos, realiza una tarea con habitualidad y fin de lucro, es decir, haciendo de ello su forma de vida¹⁸².

Según Alonso, el concepto de profesionalidad viene a significar que una persona convierte una determinada actividad en su *modus vivendi*, de manera que esa actividad humana le permite obtener los recursos necesarios para su subsistencia y, en su caso, de su familia¹⁸³. Según esta autora, la habitualidad,

¹⁸¹ Op. cit. pp. 273.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ ALONSO PEREZ, María. Op. cit. pp. 35.

que otros autores señalan como elemento constitutivo del concepto, sólo sería indicio de profesionalidad, mas no su nota característica esencial¹⁸⁴.

Mosset Iturraspe señala como notas que caracterizan el contrato de prestación de servicios profesionales las siguientes:

- Es una especie del género contrato de locación de servicios¹⁸⁵.
- Es un contrato bilateral o de prestaciones recíprocas, que obliga al profesional a prestar un servicio "idóneo", de buena calidad, conforme a usos y prácticas, adecuado a la ciencia o técnica propia de su índole; y al cliente o destinatario del servicio –consumidor- a pagar el precio convenido¹⁸⁶.
- Es un contrato de prestaciones conocidas, en el cual las partes dejan de lado la incidencia de lo fortuito o imprevisible y, al menos como regla, el profesional asume los riesgos¹⁸⁷.
- Contrato no formal¹⁸⁸.
- Contrato de colaboración, que coloca al profesional en situación de dependencia jurídica y económica frente al cliente; celebrado por lo normal sobre la base de la adhesión del cliente¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. pp. 44.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Op. cit. pp. 45.

¹⁸⁹ Ibid.

- Contrato que apunta a la satisfacción de necesidades muy sentidas por el cliente, de allí su trascendencia o función social¹⁹⁰.
- Contrato que coloca frente a frente a dos partes en “condiciones” muy diferentes: el profesional como parte “fuerte” de la relación, y el cliente o consumidor, como parte “débil”¹⁹¹.

Es de suponer que nuestro Código Civil Chileno, en el artículo 2118 al hablar sobre profesiones que suponen largos estudios, está refiriéndose a las profesiones liberales, tal como lo hace en su art. 2521 C.C.Ch. y se hace en otras leyes, aplicando de esta forma un criterio de interpretación sistemático. El artículo 2521, inc.2, C.C.Ch. señala que “prescriben en dos años los honorarios de jueces, abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y, en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal”. Dentro de los casos que la ley considera como profesiones liberales, se encuentran profesiones que no necesariamente exigen un título profesional, a modo de ejemplo, el caso de estudiantes de derecho que ofrecen servicios de procuraduría sin estar titulados.

El Código Civil Chileno en su art. 2118, señala que las profesiones a las que se les aplica el estatuto del mandato son aquellas que suponen largos estudios, lo que añade al concepto de profesión liberal ya señalado el elemento

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

de la especialización. Según Salgado Alegría, son profesiones liberales aquellas que importan un trabajo en cuya ejecución se requiere el desarrollo relativo del entendimiento, con intervención de conocimientos especiales que se adquieren en estudios más o menos extensos, previa posesión de quien la ejerce de un título o grado universitario expedido por el Estado.¹⁹² No obstante ello, la posesión de un título no sería requisito esencial de la profesión liberal en nuestro ordenamiento, bastando -junto con el carácter de *modus vivendi*- por lo tanto, una actividad *en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital* (art. 42 del Decreto Ley 924 de 1974 sobre Impuesto a la Renta), y en el caso que nos importa, que dicho conocimiento haya sido adquirido mediante *largos estudios* (art.2118 C.C.Ch.).

b. Carreras que suponen largos estudios:

Este término puede entenderse en la actualidad como un resabio de la distinción que se hacía en la época de la dictación del Código Civil entre las profesiones, que requerían para su ejercicio el otorgamiento de un título expedido por el estado, y las carreras que, en cambio, habilitaban, formal o informalmente al ejercicio de un oficio, pero sin mediar un título. Esta distinción

¹⁹² SALGADO ALEGRÍA, Luciano. Op. cit. pp. 71.

se encuentra caduca en virtud de lo expuesto a propósito de las profesiones liberales.¹⁹³

c. Servicios de profesiones y carreras a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros

En nuestro derecho, ya es una discusión superada la diferencia sustancial que separa a la representación del mandato. Son dos instituciones distintas en las que no cabe posibilidad alguna de confusión¹⁹⁴.

La representación, por lo tanto, no es un elemento esencial del mandato, de manera que puede faltar en él sin que por eso el contrato degenera en otro diferente o no produzca efecto alguno. Lo que hace la ley es presumir que por el solo hecho de celebrarse el contrato de mandato queda autorizado el mandatario para desempeñar su cometido en representación del mandante.¹⁹⁵ Es, en definitiva, un elemento de la naturaleza. Por ello, el hecho de que exista representación en un contrato distinto al mandato no lo transforma en éste, sin perjuicio de que, tratándose de contratos de arrendamiento de servicios inmateriales prestados por profesionales, el artículo 2118 C.C.Ch. hace aplicable el estatuto del mandato.

¹⁹³ Ibid. pp. 70.

¹⁹⁴ STITCHKIN BRANOVER, David. Op. cit. pp. 29.

¹⁹⁵ Op. cit. pp. 31.

2.1.2. Inconveniencia de la aplicación del artículo 2118 a ciertos contratos de servicios celebrados por profesionales

Tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia se ha asumido que los contratos de arrendamiento de servicios que han sido celebrados por personas que caen en el supuesto de hecho del art. 2118 C.C.Ch. deben ser regidos por el régimen del mandato.¹⁹⁶ En el caso de los contratos médicos, que caen dentro de este supuesto, autorizada doctrina ha aplicado la misma solución¹⁹⁷.

No obstante, se ha criticado con acierto la aplicación del estatuto del mandato a todos los casos de prestación de servicios por profesionales liberales, como en el caso de los médicos, pues lejos de configurarse un encargo por cuenta y riesgo del mandante, concurre una genuina prestación de servicios. No parece adecuado entender que el médico (o el profesional de que se trate) realiza actos o negocios jurídicos por cuenta del paciente (o prestatario del servicio)¹⁹⁸. Esta crítica es extrapolable a toda otra prestación de servicios por profesionales que no quepa dentro del objeto del mandato.

¹⁹⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. 2005. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 75, que señala que: “Los servicios de estos profesionales se sujetan a las reglas del mandato (art. 2118) y a las que rigen el arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias aquellas (art. 2112)”.

¹⁹⁷ BARROS, Enrique. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 657.

¹⁹⁸ MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. 2008. El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano. En: GUZMAN BRITO, Alejandro (coord.). Colección de estudios de derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. pp. 483-504pp. 485 y 486. En este mismo sentido, CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. 2010. La cobertura dogmática de la

Pizarro Wilson señala, a propósito del contrato de médico, que

“En la hipótesis que el objeto del contrato sean actos materiales, es ineludible calificar el contrato como arrendamiento de servicios inmateriales, quedando relegado el mandato al caso en que la prestación consista en el encargo de uno o más negocios por cuenta del mandante. No concurriendo, en ningún caso este objeto, tratándose del contrato médico, es inapropiado aplicarle las reglas del mandato”¹⁹⁹.

Por otro lado, agrega este autor a esta consideración relacionada al objeto del contrato, que el contrato médico comprende una relación de confianza cada vez más ajena a la relación médico-paciente, si se considera el incremento de servicios médicos cuya prestación se enmarca en un establecimiento privado -clínica- o público -servicios de salud-²⁰⁰, rasgo de estos servicios que resulta asimismo aplicable a otras muchas relaciones de la misma índole.

Finalmente, señala este autor que, a la vista de que las escasas normas que regulan el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y las que se aplican del contrato de arrendamiento de obra por remisión no resultan útiles

recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado. En: Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VI: responsabilidad médica. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 45 - 84. “Es dudoso que las normas del mandato sean hoy aplicables a los profesionales de la salud...”.

¹⁹⁹ PIZARRO WILSON, Carlos. 2014. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. Revista Chilena de Derecho 41 (3): 824-843.pp. 829.

²⁰⁰ Ibid.

para regular la relación médico-paciente, este contrato consiste en un genuino contrato atípico, en el sentido que no aparece su régimen legal descrito en forma orgánica y sistemática en la ley, y complejo, pues confluyen en su contenido un conjunto de obligaciones y derechos, cuyo origen se encuentra en las prácticas, la *lex artis* y en forma dispersa por la voluntad del legislador²⁰¹.

En el mismo sentido, Barros señala:

“Las reglas sobre el mandato se refieren a cuestiones típicas de la gestión de negocios ajenos, que por cierto no resultan aplicables *per se* a otros contrato de servicios; y asumen una relación fiduciaria entre el mandante y el mandatario, que no necesariamente es extensible a un contrato de mantención de equipos o de vigilancia, por ejemplo”²⁰².

La norma del artículo 2118 C.C.Ch. debería aplicarse de forma restrictiva, además, por razones históricas: en Roma, el mandato designaba un contrato de confianza, gratuito y unilateral, en el cual el mandatario podía comprometerse a realizar, para el mandante, actos jurídicos o meros actos materiales, por lo tanto, incluía tanto lo que llamamos actualmente mandato como la prestación de servicios gratuitos²⁰³. Esto parece explicar los reenvíos de los artículos 2012 y 2118 C.C.Ch., el procedimiento de fijación del precio del art. 1997 y la norma del art. 2117 C.C.Ch., que permite que el precio del

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² BARROS, Enrique. 2012. “Contratos de servicios...”. pp. 331.

²⁰³ MANTILLA, Fabricio. Op. cit. pp. 488.

mandato sea establecido por el juez o por acuerdo de las partes aun después del contrato –en contravía de lo dispuesto por la regla general que consagra la nulidad en caso de un precio indeterminado (art. 1461, 1808 y 1809 C.C.Ch.).²⁰⁴ Como ya se expuso anteriormente, las realidades normativas contempladas en nuestra legislación difieren de los fundamentos romanos, lo que genera disfuncionalidades que es deseable evitar.

Otra de las objeciones por parte de cierta doctrina a la aplicación de la normativa del contrato de mandato a los servicios desempeñados por profesionales ha sido la regulación que realiza el art. 2165 (art. 1733 en España), en virtud del cual el mandante puede desistir en cualquier momento sin tener que indemnizar al mandatario. Es una norma pensada para un contrato en principio gratuito como lo fue el mandato. Del mismo modo, el reembolso de los gastos hechos por el profesional hasta el desistimiento, norma que no sirve para la relación contractual entre profesional y cliente porque el pago aislado de estos gastos, como otra partida distinta a la remuneración por lo servicios ya prestados, es incompatible con la esencia de este contrato de servicios: dentro del precio por el servicio el profesional ya ha calculado los gastos²⁰⁵.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ RODRIGUEZ GUITÁN, Alma. "El desistimiento en el contrato de servicios...". pp. 721. En este mismo sentido, ALONSO PEREZ, Op. cit: "Además, la aplicación de las mismas normas a las relaciones onerosas y gratuitas de servicios propiamente dichos es incoherente con la circunstancia de que muchas normas del mandato sólo son justificables cuando se refieren a relaciones gratuitas...".

2.2. Ausencia de remisión en otros contratos de servicios.

Según lo expuesto, existen salvedades importantes a la aplicación estricta de la norma del art. 2118 C.C.Ch. (en relación al art. 2006 C.C.Ch.) a la multiplicidad de supuestos que regula. Si bien podría darse el caso de contratos de servicios que pudieran ser regulados íntegramente por la normativa del mandato (piénsese en un ingeniero comercial que ha sido contratado como asesor de una empresa), hay otros en los cuales las discordancias saltan a la vista (el contrato médico). Del mismo modo, sería absurdo aplicar al contrato celebrado por un arquitecto el estatuto del mandato (pues cabría dentro del concepto de profesional liberal), y a un constructor (que puede ser un ingeniero civil o un arquitecto, por ejemplo), en cambio, el estatuto del arrendamiento de obra, que regula específicamente la construcción de edificios.

En el caso de servicios que tradicionalmente no se entienden prestados por profesionales, como por ejemplo, los servicios de jardinería, cuidador de ancianos, pintura, adiestrador y paseador de perros, enseñanza de idioma, etc., y que son prestados en forma directa por la persona y no a través de otra (en cuyo caso se trataría de un profesional-empresario), la regulación quedaría restringida a los escasos artículos del párrafo noveno del título XXXVI del libro IV del Código Civil. En este caso resalta aún más la calidad de atípico de contrato, pues “hay una falta que deja un vacío normativo, y en donde el

intérprete debe recurrir a la teoría general de las obligaciones para completarlo²⁰⁶.

El contrato de arrendamiento de servicios, por lo tanto, cabe, en definitiva, en la categoría de contrato de atípico, en la acepción que le da el profesor López Santa María. Para éste autor son contratos atípicos aquellos que no han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o leyes especiales. El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, a pesar de tener una *nomen iuris* (por lo cual es nominado, pero no típico), no cuenta con un estatuto propio que lo regule íntegramente, por lo cual la determinación de la legislación aplicable debe buscarse en la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, en todo caso en que las partes no hayan estipulado reglas que resuelvan los conflictos entre ellas²⁰⁷. Del mismo modo, Díez-Picazo señala que serán típicos o atípicos los contratos, según exista o no una previa normativa o una disciplina jurídica objetiva y general para ellos. Son atípicos los contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa; son típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa. A mayor abundamiento, el contrato de arrendamiento de servicios

²⁰⁶ IÑIGUEZ, Marcelo. 2005. Los servicios no profesionales. Revista de derecho privado y comunitario. Vol. I. pp. 87-104.pp 90..

²⁰⁷ LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. 2005. Los Contratos, Parte General. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición revisada y ampliada. V1. pp. 141. Vid. RODRIGUEZ PINTO, Maria. “La responsabilidad...”, pp. 472, que señala: “El contrato de prestación de servicios no tiene en el Código Civil una tipicidad propia. Su regulación debe reconstruirse de diversas reglas del título xxvi del libro iv, tales como las reglas relativas al contrato de confección de obra (artículos 1996 a 2005), al arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2006 a 2012) y al arrendamiento de transporte (...) Además de éstos, hay que reconocer la prestación de unos determinados servicios en el régimen del mandato (título xxix del libro iv) y en el depósito remunerado...”.

posee tipicidad social, es decir, corresponde a aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un *nomen iuris* por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial²⁰⁸.

Por su parte, la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, admite explícitamente la existencia de un contrato de “prestación de servicios” (título 3°, párrafo 4°, sobre Normas especiales en materia de prestación de servicios). Pero el Derecho de consumidores no sistematiza este contrato. Tenemos, entonces, un contrato legislativamente atípico pero socialmente típico o nominado: el tráfico reconoce al de prestación de servicios un nombre y disciplina específicos, aunque de perfiles difusos²⁰⁹.

²⁰⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos...”, pp. 489.

²⁰⁹ RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2008. Incumplimiento y Exoneración de Responsabilidad en los Contratos de Servicios. Los Lineamientos de la Responsabilidad Estricta del Proveedor. En: GUZMÁN B., Alejandro [editor]. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso: Legal Publishing, pp. 503 - 517. pp. 504.

SEGUNDA PARTE
EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN PLAUSIBLE

CAPITULO PRIMERO LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO COMÚN

1. Procedimiento analógico

La solución de las lagunas legales, a falta de legislación, debe buscarse en el procedimiento analógico. La teoría de la analogía recomienda la aplicación de la figura típica más afín. Según el Tribunal Supremo español, para estos efectos “habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo a la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno u otro suponga una aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo en última instancia, de lo que, con su prudente arbitrio, decida la autoridad pública”²¹⁰.

Algunos autores admiten como muy razonable la calificación del contrato que celebran las profesiones liberales como un contrato innominado, argumentando que la naturaleza jurídica de una determinada relación jurídica no puede brotar única y exclusivamente de las reglas agrupadas en torno a una sola figura jurídica típica y que el hecho de buscar la equiparación a toda costa de este contrato con alguna de las figuras jurídicas nominadas dejaría sin resolver el problema de su calificación jurídica. La calificación de contrato

²¹⁰ Citado en VERDUGO BRAVO, Ismael. 2003. La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos. [En línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf> [Consulta: 20 de Noviembre de 2014] pp. 7.

innominado significa que se trata de buscar la solución adecuada a cada uno de los problemas que se promuevan²¹¹.

Ahora bien, el presupuesto de la aplicación del procedimiento analógico es la duda. La razón del dudar debe ser tomada por el intérprete de la similitud o afinidad del caso con aquellos regulados por disposiciones precisas, de la analogía de la materia con otra que es objeto de regulación jurídica, en suma, de la cercanía del caso con aquellos casos y materias cuya relevancia jurídica es indudable: cercanía que él, en defecto de otros criterios, debe examinar a la luz de los principios generales del derecho²¹². En lo que nos atañe, son dos las materias que presentan afinidad con el contrato de arrendamiento de servicios: el estatuto del arrendamiento de obra (que se remite a la compraventa) y el mandato.

Antes de entrar de lleno a analizar las implicancias que supone asumir esta tesis conviene recordar qué es lo que constituye el procedimiento analógico.

El proceso de investigación jurídica (*Rechtsfindung*) tiene dos aspectos: por uno, adaptación de la situación de la vida a la norma y, por el otro, adaptación de ésta a aquélla. Pero esto no debe ser entendido como si se tratara de actos separados, de una sucesión de inducción y deducción. Se trata de un solo acto con operaciones simultáneas. Es un abrirse, que acontece sin solución de continuidad, del hecho a la norma y de la norma al hecho. Y precisamente en este abrirse radica la *extensio* propia de la analogía. Lo que la

²¹¹ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. 1998. Op. cit. pp. 48-49.

²¹² BETTI, Emilio. 1993. La Interpretación Jurídica. Legal Publishing. pp. 134.

doctrina tradicional denomina analogía se diferencia de la investigación jurídica normal, y particularmente de la llamada interpretación teleológica sólo por el grado de la extensio, en ningún caso por la estructura lógica del procedimiento. También la subsunción acostumbrada es una analogía. Se podría separar la subsunción de la analogía, solo si hubiera una frontera lógica entre igualdad y semejanza. Pero no hay tal frontera, porque la igualdad material siempre es solo semejanza; la igualdad formal no viene a cuentas, pues ella existe solo en el ámbito matemático (lógico) de los números y de los símbolos²¹³.

Sólo bajo el presupuesto de una premisa latente, de un general, es posible la conclusión a similibus ad similia. Esta conclusión no es por sí misma el núcleo, sino el punto final del procedimiento analógico. Ella entra en juego sólo cuando los objetos han sido vueltos comparables, esto es, cuando han sido puestos en una relación de semejanzas (es esta *extensio* el corazón de la analogía). Pero para esto se necesita un *tertium comparationis*²¹⁴.

El *tertium* es el intermediario entre ser y deber-ser. Es el sentido. El sentido es también llamado "naturaleza de la cosa". Es el eje del procedimiento analógico -tanto de la legislación como también de la investigación jurídica- porque es el medio entre la justicia objetiva y normativa. Como tal, es portadora del sentido jurídico objetivo, del que trata todo conocimiento jurídico. El pensamiento desde la "naturaleza de la cosa" es pensamiento tipológico. El tipo

²¹³ KAUFMANN, Armin.1976. Analogía y "naturaleza de la cosa": hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 86.

²¹⁴ Op. cit. pp. 81.

constituye un punto medio entre lo particular y lo general, es comparativamente un concreto, un *universale in re*. La naturaleza de la cosa no es sólo un medio para la complementación de la ley, ni tampoco una fuente del derecho, como la norma legal. Ella es una especie de catalizador, que es necesario en todo acto de la legislación o de investigación jurídica para poder poner en conexión (“correspondencia”) la idea jurídica, o bien, la norma legal, con la situación vital, el deber-ser con el ser²¹⁵.

El *Tertium Comparationis*, en el caso de los contratos de servicios, debe buscarse en las relaciones económicas que definen en su conjunto la operación contractual convenida por las partes. Enrique Barros señala a este respecto:

“Los contratos de servicios que carecen de regulaciones legales especiales (esto es, diferentes al derecho laboral, al transporte y a los demás contratos que tienen estatutos legales propios) deben entenderse normados analógicamente por las reglas del mandato, en cuanto éstas se correspondan con su naturaleza. Por el contrario, si el resultado del servicio es un riesgo que naturalmente pertenece al deudor de la prestación, el ordenamiento aplicable es el del arrendamiento de obra material, porque es precisamente éste el que establece esa distribución de riesgos. En este caso, las analogías de la relación entre el prestador del servicio y el cliente son más cercanas a la compraventa que al mandato y

²¹⁵ Ibid. pp. 107.

así se explica que resultan aplicables las reglas del arrendamiento de obra material, en relación con las de la compraventa”²¹⁶.

Aunque en este pasaje el autor establece como criterio de aplicación analógica el ámbito de riesgos, sin embargo, retoma posteriormente el criterio de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado²¹⁷.

“Sólo interpretando la naturaleza de la relación contractual se infiere si la obligación es de destreza y diligencia o de resultado (...). Y por ello es una buena orientación interrogarse si la relación que surge de un contrato de servicios puede ser mejor entendido desde la lógica del mandato o desde la lógica de la compraventa.

“No hay contrato que más típicamente de lugar a obligaciones de resultado que la compraventa, ni contrato que más típicamente de lugar a obligaciones de medio que el mandato”²¹⁸.

Esta distribución de riesgos quedaría patente en el art. 2158 C.C.Ch., que “es una norma crítica respecto de los riesgos, al establecerse que quien ha hecho el encargo no puede excusarse de cumplir sus obligaciones con fundamento en que no ha obtenido el beneficio perseguido, a menos que le pruebe culpa el mandatario”²¹⁹. En el ámbito de la responsabilidad contractual se ha señalado que esta norma, unida al art. 2118, podría utilizarse como argumento para evitar la incómoda distinción obligaciones de

²¹⁶ BARROS, Enrique. 2012. Op. cit. pp. 322.

²¹⁷ ALONSO PEREZ, María, Op. cit. pp. 106.

²¹⁸ BARROS, Enrique. Op. cit. pp. 335.

²¹⁹ Op. cit. pp. 333.

medios/obligaciones de resultado a los contratos de arrendamiento de servicios, pues establecería un régimen de culpa probada que haría superflua la aplicación de dicha distinción. Sin embargo, aceptar de manera general que la culpa del facultativo siempre debe ser probada por el paciente porque así lo dicta el art. 2158 del C.C.Ch., llevaría finalmente a afirmar una regla general inversa a la del artículo 1547 C.C.Ch., y, en consecuencia, a negar la inversión de la carga de la prueba en casos en que ésta sí se justifica, además de que la prueba de la culpa del mandatario está sujeta a las normas de Derecho Común y que dependiendo de si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado recaerá sobre el acreedor la carga de la prueba de la culpa, razonamiento que excluye una única regla general para todo tipo de obligaciones. Además, el art. 2158 está regulando el caso en que el mandante pretende excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone y en ningún momento está dando una pauta general respecto del régimen de prueba de culpa²²⁰". Por lo que no cabe dar esa extensión que da Barros a la norma del artículo 2158 C.C.Ch.

Ahora, para Barros, "...mientras más cerca se encuentre su lógica económica (del contrato) del mandato es más razonable pensar en que el contrato da lugar a obligaciones de conducta diestra y diligente, sin asegurar resultados. Por el contrario, mientras más clara es la intención de proveer una cosa, incluyendo en ello un servicio que satisfaga efectivamente el interés del

²²⁰ CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Op. cit. pp. 50-52, quien se apoya en ALESSANDRI, Op. cit., pp. 42-43.

acreedor, la relación tendrá analogía estructural con la compraventa (y, aunque la prestación no se refiera a una cosa corporal, al contrato de confección de obra material)”²²¹.

Sin embargo, el autor señala que no debe prescindirse del “*caveat*” de que toda distinción categorial entre tipos contractuales tiene que ser mirada con cierta distancia”. Así, “hay otras reglas del mandato que serán o no extensibles a relaciones de servicio según sea la naturaleza específica de la relación concreta entre las partes”²²². En estos casos, se muestran las ventajas de una argumentación analógica, sensible a las diferencias y similitudes con recurso a la *ratio legis*²²³.

Reafirma esta posición Luis Díez-Picazo, quien señala:

“En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el resultado útil de aquella actividad. Los casos dudosos han de resolverse con la presunción favorable al arrendamiento de servicios si el resultado no está en la mano del que realiza el trabajo (...) No obstante, es interesante hacer notar que los servicios de los profesionales liberales no son siempre y en todo caso objeto de un contrato de arrendamiento de servicios. En otras palabras,

²²¹ BARROS, Enrique. Op. cit. pp. 333

²²² Op. cit. pp. 331.

²²³ Ibid. A similar conclusión puede arribarse mediante la doctrina del propósito práctico de los contratos. Vid. RODRIGUEZ PINTO, María Sara. 2008. Incumplimiento y Exoneración de Responsabilidad en los Contratos de Servicios. Los Lineamientos de la Responsabilidad Estricta del Proveedor. En: GUZMÁN B., Alejandro [editor]. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, Legal Publishing, pp. 503 - 517.

que en ocasiones estaremos en presencia del contrato de locación de obra...”²²⁴.

Este camino que adopta el Código Civil Chileno, al abrir la posibilidad de aplicar el más completo ordenamiento referido a relaciones personales a los contratos desarrollados en la práctica profesional y de negocios contemporánea, tiene la ventaja de poner la atención en las cuestiones resueltas por el ordenamiento más completo y diferenciado del derecho vigente, que norma los servicios que una persona presta en interés de otro, pero a riesgo de éste último: el mandato²²⁵.

Un indicio de la afinidad normativa que presenta el mandato respecto de los contratos de servicios que tienen por obligación principal una de medios lo da la institución del *Pacto de Credere*. El art. 2152 C.C.Ch. regula esta figura por la cual el mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbre y embarazos del cobro (el Código de Comercio Chileno dispone la misma figura para los comisionistas mercantiles y para los corredores de efectos públicos en los art. 317 a contrario y en el art. 67). De la misma forma, el art. 43 de la Ley de Protección al Consumidor establece:

²²⁴ DIEZ PICAZO, Luis. 2013. “Sistema...”. pp. 166.

²²⁵ Resulta interesante percatarse de que este camino resultó ser visionario, puesto que “dos de los ordenamientos comparados más desarrollados, tanto en lo conceptual como en lo práctico, como son el suizo y el holandés, han adoptado la ordenación del mandato como modelo general para establecer reglas generales aplicables a las relaciones de servicios, estableciendo en una sección especial las que son propias del mandato en sentido estricto”. BARROS, Enrique. Op cit. pp. 334.

“El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables.”

El supuesto de esta norma es el de un intermediario (un comisionista) que responde directamente al consumidor por los incumplimientos imputables al proveedor de servicios contratados por su intermediación. Podría afirmarse que el intermediario es, por el solo ministerio de la ley, un agente del *credere*, es decir, un intermediario que es garante de las obligaciones que asume el proveedor de los servicios que se comercializan por su intermediación²²⁶. De esta forma, la L.P.C. contempla dentro de su regulación sobre contratos de servicios una institución derivada del contrato de mandato, lo que da luces sobre la pertinencia de aplicar este estatuto a ciertos contratos civiles de servicios no regidos por esta legislación.

La exposición que hemos realizado demuestra la necesidad de aplicar criterios objetivos (y no referidos a la formación de una persona en tanto potencial prestadora de servicios) a la comprensión y aplicación de esta normativa, actitud que nos ayude a superar los resabios clasistas y

²²⁶ RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2010. La responsabilidad del intermediario de servicios al consumidor (un estudio tentativo del sistema de atribución de responsabilidad del artículo 43 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores). En: BARROS BOURIE, Enrique, TAPIA, Mauricio y FIGUEROA, Gonzalo. Estudios de derecho civil VI. Jornadas de derecho civil. Olmué, Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile. pp. 697-705 pp. 702-703.

discriminadores que constituyen el sustrato histórico de la misma, y evitar que un respetado jurista como Vodanovic pueda decir: “los servicios prestados por los 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 desdorado reglamentarlos en el arrendamiento”²²⁷.

1.1. Estatuto del arrendamiento de obra como régimen general de los servicios en Chile. Régimen de garantía de los contratos de arrendamiento de servicios civiles.

Como han señalado distintos tratadistas, nuestro Código Civil construyó su sistema de obligaciones tomando como piedra de toque fundamental a las obligaciones de dar²²⁸. En la época de Andrés Bello, y mucho tiempo después de ella, ese tipo de obligaciones ha sido en nuestro entorno la más común de las obligaciones utilizadas por los privados para proveerse de bienes necesarios para conseguir sus fines vitales²²⁹.

Si bien es cierto que la tercerización de la economía y el auge de los servicios en la economía contemporánea han realzado la importancia de las

²²⁷ Citado en ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. 2011. Op. cit. pp. 477.

²²⁸ CARDENAS, Hugo. Op. cit. pp. 61, que cita abundante bibliografía al respecto.

²²⁹ Ibid.

obligaciones de hacer, comprendiendo estas las categorías doctrinales de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, también es cierto que el tráfico actual de servicios refleja contratos donde el deudor se obliga generalmente a un resultado y no simplemente a la realización de una conducta.²³⁰ Por lo tanto, en la práctica, y como corolario de la exposición anterior, el estatuto del arrendamiento de obra constituye el régimen general de los contratos de servicios civiles en Chile²³¹.

Según Rodríguez, si se observa atentamente la realidad del tráfico, los intereses contratados por las partes y el contenido de las prestaciones a que se obliga el proveedor (prestador de servicios) puede sugerirse que la gran mayoría de los servicios son de resultado y sólo por excepción, de medios. Esta manera de enfocar la garantía legal del prestador en los contratos de prestación de servicios se aviene mejor con el sistema de responsabilidad del vendedor en la compraventa y permite tratar legalmente los contratos de prestación de servicios como lo que son económicamente en el tráfico: compraventa de intangibles²³².

En el párrafo que regula el arrendamiento de obra, el Código Civil Chileno entrega una regla especial de responsabilidad civil del prestador de la

²³⁰ RODRIGUEZ, María. "La responsabilidad civil del proveedor..." pp. 471.

²³¹ Vid en contra RODRIGUEZ GREZ, Pablo. 1992. Op. cit. pp. 238-276.

²³² RODRIGUEZ. "La responsabilidad civil del proveedor..." pp. 471. Este mismo camino adopta el trabajo denominado "Principles of European Law on Service Contracts", elaborado por The Tilburg Team of the Study Group on a European Civil Code, incorporado en el llamado "Draft Common Frame of Reference", que establece una presunción en favor del contrato de obra como tipo base de los contratos de servicios.

obra: si el que encargó el servicio alega no haberse ejecutado debidamente, se nombrará por las dos partes peritos que decidan si es fundada la alegación; si a juicio de éstos la pretensión tiene fundamento, el artífice (o proveedor del servicio) podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra (acreedor o consumidor): i) a hacerla de nuevo; o ii) a la indemnización de perjuicios (cfr. Artículo 2002 C.C.Ch.). Esta regla, en virtud de las remisiones del artículo 2006 (servicios inmateriales) y 2012 C.C.Ch. (servicios profesionales), serían aplicables a todo tipo de servicios²³³.

Por lo tanto, sea que al contrato de arrendamiento de servicios le sea aplicable el estatuto de arrendamiento de obra por aplicación analógica, por ser subsumible dentro del supuesto de aplicación de dicho estatuto o por las remisiones del artículo 2006 y 2012 C.C.Ch., nuestro Código dispone los siguientes remedios con los que cuenta el acreedor insatisfecho de una obligación de hacer que consiste en la prestación de unos servicios de resultado:

- El acreedor puede exigir que el deudor haga de nuevo el servicio (art. 2002 C.C.Ch.).
- Si los servicios no han sido contratados en atención a la persona del deudor (y por lo tanto, son delegables o fungibles, lo que no constituye la regla general tratándose de contratos profesionales), el

²³³ Op. cit. pp. 474.

acreedor puede hacerlos efectuar por un tercero a costa del deudor (art. 1554, 2° C.C.Ch.).

- El acreedor puede exigir la devolución del precio, lo cual supone la resolución del contrato (art. 1489 C.C.Ch.).
- El acreedor puede exigir la indemnización de perjuicios resultantes del incumplimiento (art. 1553, 3°; art. 2002; art. 1489 C.C.Ch.)²³⁴.

Aunque el Código no establece una jerarquía o incompatibilidad entre estos remedios, lo que dejaría su opción en manos del acreedor, podría argumentarse que los remedios especiales del contrato de arrendamiento de servicios y de otros tipos negociales en que se reconoce un contrato de prestación de servicios (art. 2002 C.C.Ch.) deberían aplicarse con preferencia a los generales (art. 1489 y 1553 C.C.Ch.). En concreto, la devolución del precio debiera ser un medio supletorio a todos los demás; y la indemnización de otros perjuicios que no resulten reparados con los mecanismos de subsanación o cumplimiento forzado que establece la ley (art. 2002, 1553, 3°, 1489 C.C.Ch.) es compatible con todos los anteriores²³⁵. Se puede apreciar la similitud existente entre estos remedios y los que se contemplan en el sistema de la compraventa en relación a las obligaciones de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios²³⁶.

²³⁴ Op. cit. pp. 475-476.

²³⁵ Op. cit. pp. 476.

²³⁶ Op. cit. pp. 477.

Conviene aquí detenerse a examinar la radicalidad de la opción que entrega el art. 1489 C.C.Ch., en virtud de cuya literalidad la indemnización de perjuicios constituiría una pretensión accesoria o de la resolución del contrato o de cumplimiento forzado. A este respecto se ha afirmado que conforme el estado actual del Derecho civil chileno, el acreedor no podría pedir directamente la indemnización por vía del art. 1553, número 3 C.C.Ch., sin pedir la resolución por vía de art. 1489, pues no podría concederse una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato que sigue vigente y obliga a las partes. No obstante ello, sería razonable que la resolución de un contrato de servicios no cumplido sólo pudiera engendrar la obligación de restituir el precio pagado por el acreedor, pues éste difícilmente podrá hacer restituciones recíprocas en la mayor parte de los casos. Por otro lado, el cumplimiento forzado tampoco parece demasiado interesante para el acreedor, cuando el deudor ya ha demostrado mediante el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto su desinterés o incapacidad. Lo que interesa realmente al acreedor es la indemnización de perjuicios²³⁷.

Ahora bien, la naturaleza del incumplimiento de este tipo de obligaciones está dada por la noción de “ejecución indebida” (cfr. art. 2002 C.C.Ch.). Ejecución indebida es un incumplimiento parcial; pero incumplimiento

²³⁷ RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2011. La indemnización de perjuicios por incumplimiento de contratos de servicios. Tendencias de jurisprudencia reciente. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil : Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile : Thomson Reuters. pp. 675-684. pp. 675 a 681.

objetivo del resultado comprometido en el contrato. Esta noción supone unos términos específicos, conforme a los cuales el servicio debió hacerse: los términos contratados por el que encarga el servicio (o consumidor). Supone además la garantía de un resultado: la satisfacción del interés del acreedor. Por lo tanto, aun cuando su obligación consista en un hacer, el deudor de un servicio no se obliga siempre y sólo a realizar una conducta, sino generalmente a un resultado de satisfacción del interés contratado²³⁸.

1.2. Soluciones en el derecho comparado germánico-continental

Mientras el derecho alemán y el austriaco establecen diferencias fundamentales entre el contrato de obra y de servicios, el ordenamiento suizo no los contempla como categorías sistémicas ni estructurales. En este ordenamiento los dos grandes polos en torno a los que se estructuran las prestaciones de servicios son, por un lado, el contrato de obra (Werkvertrag) y, por el otro, el mandato (Auftrag). Esta diferencia deriva del hecho de que el derecho suizo, al contrario del alemán, no recogió la gratuidad del mandato proveniente del derecho romano; al contrario, el art. 394 Abs.3 del Código Suizo de las Obligaciones (Schweizerischen Obligationenrecht) prescribe para el mandato que la remuneración será aquella que “haya sido convenida o la que

²³⁸ RODRIGUEZ. “La responsabilidad del proveedor...”. pp. 475-476.

determine la costumbre”. De esta forma, en la práctica jurídica del país helvético, el mandato se ha erigido como el estatuto aplicable a la mayoría de los contratos de servicios, especialmente los relacionados con las llamadas profesiones liberales²³⁹, lo cual habla de una elección común entre el derecho suizo y el chileno en este aspecto²⁴⁰.

Común a los sistemas germánicos es la falta de una definición legal genérica de los contratos de prestación de servicios. Tanto en Alemania, Austria y Suiza estos contratos adquieren individualidad frente al contrato de compraventa²⁴¹.

En este contexto, el trabajo denominado “*Principles of European Law on Service Contracts*”, elaborado por *The Tilburg Team of the Study Group on a European Civil Code*, incorporado en el llamado “*Draft Common Frame of Reference*” (DCFR), se intentó con el fin de armonizar las distintas legislaciones civiles europeas en torno a este tópico. El principal problema que debieron enfrentar estos juristas fue la carencia de un cuerpo coherente de normas en los sistemas legales nacionales europeos que fueron objeto de escrutinio. Los códigos de estos sistemas apenas si contenían disposiciones generales sobre

²³⁹ KADNER, Thomas. 2010. Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands. En: ZIMMERMANN, Reinhardt. *Service Contracts*. Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 59-97. pp. 61.

²⁴⁰ Art. 394 Abs. 2 OR: Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

²⁴¹ KADNER, Thomas. *Op. cit.* pp.62.

contratos de servicios que fueran aplicables a cada tipo en particular²⁴². El análisis llevado a cabo por estos juristas se efectuó desde una perspectiva funcional de los contratos de servicios, considerando las similitudes de su íter contractual y los tópicos generales que requerían reglas también generales.

Empero, el DCFR tampoco contempla una definición de contratos de servicios, sino que sólo un supuesto de aplicación en el art. IV C.- 1:101 (1), señalando que las reglas de este capítulo reciben aplicación respecto de los contratos en que una de las partes, el prestador de servicios, se obliga frente a otra, y contra una remuneración correlativa, a realizar una determinada prestación de servicios. Su normativa no se aplica a las relaciones laborales de trabajo ni a los contratos de transporte, seguros, prestación de servicios de seguridad, de productos financieros ni de servicios financieros.²⁴³

Mientras en los sistemas germánicos, (Suiza, Alemania y Austria) se establece el mismo principio sistematizador, a saber, el tipo de obligaciones que generan los contratos: obligaciones de medio, en que el resultado concebido no es inherente al contrato, y obligaciones de resultado, en que sí lo es, tal principio no rige, en cambio, tratándose del DCFR: el art. IV.C. -2:105 establece que el proveedor de servicios (*service provider*) deberá actuar con la “debida

²⁴² JANSEN, Chris. 2010. Principles of European Law on Service Contracts. En: ZIMMERMANN, Reinhardt. Service Contracts. Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 43-57. pp. 48.

²⁴³ Art. IV.C. – 1:102: Exclusions. This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service.

destreza y cuidado” (*obligation of skill and care*) y regula dicha diligencia de forma detallada en los siguientes apartados.

La Parte General del Derecho de Contratos de Servicios establece a continuación en el art. IV.C.-2_106 (1) expresamente la obligación de alcanzar un resultado por parte del prestador de servicios, pero ello supone que el destinatario del servicio haya comunicado, al momento de celebrar el contrato, el resultado esperado. Si es que no lo ha hecho, su contraparte está obligada igualmente a perseguir el resultado en tanto éste: a) sea un resultado que el cliente razonablemente pudo haber previsto como esperado; y b) sea de tal índole que el cliente no haya previsto razonablemente un riesgo sustancial de que no llegare a ser alcanzado²⁴⁴. En el fondo, lo que el art. 2:106 hace es establecer una presunción en favor del contrato de obra como tipo base de los contratos de servicios²⁴⁵.

Por lo tanto, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado -como criterio extrapolable para diferenciar los regímenes jurídicos aplicables a los contratos de prestación de servicios- se traduce aquí en la posibilidad de diferenciar según si el resultado es de aquellos que se ven como probables de ser alcanzados mediante la prestación del servicio, en cuyo caso será una

²⁴⁴ IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result

(1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:

(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and

(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.

²⁴⁵ KADNER. op. Cit. pp. 68: „Es entsteht so der Eindruck, dass in Art. 2:106 eine Vermutung für den ‚Werkvertrag‘ als Grundtypus des Dienstleistungsvertrages aufgestellt werden soll“.

obligación impuesta al prestador de servicio (en ausencia de una cláusula en contrario); por el contrario, si no existe tal posibilidad, la obligación no es exigible. El prestador de servicios es quien debe oponerse (actuando diligentemente en aras de su propio interés) a las expectativas relativas al resultado del beneficiario del mismo, para evitar que sea constreñido a su cumplimiento²⁴⁶.

En Argentina (y trasladándonos ahora en nuestro ámbito continental), el Nuevo Código Civil, en vigencia recientemente, se estructura de la siguiente forma: una Sección 1° de reglas comunes a las obras y servicios, una Sección 2° para las obras y una Sección 3° para los servicios.

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, se entregan algunas pautas para diferenciar ambos contratos. Señala que *“un servicio es un hacer con un valor específico y no un dar... Un servicio puede caracterizarse como una actividad, que involucra una obligación de hacer. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puedan darse, son accesorios de la finalidad principal(...)”*. Como objeto del contrato, *“el servicio es actividad intangible. Desde el punto de vista del receptor, la actividad es intangible, se agota con el consumo inicial y desaparece. Ello justifica la inversión de la carga de la prueba, porque quien recibe el servicio tiene dificultades probatorias una vez que la actividad se prestó”*²⁴⁷.

²⁴⁶ Op. cit. pp. 69.

²⁴⁷ Comisión redactora de la reforma presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti. Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. sitio web de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. [En

Por el contrario, el objeto de los contratos de obra, la obra misma, “es resultado reproducible de la actividad y susceptible de entrega... En la obra se pretende la obtención de un resultado... El trabajo es un medio; en cambio, en los servicios, el trabajo es el fin... En los servicios se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad; en la obra se contrata a la utilidad y la persona sólo es relevante en los supuestos en que sea *intuitio personae*. El producto del contrato de obra debe ser reproducible, con independencia de su autor. El servicio, por el contrario, es intangible, desaparece al primer consumo, y es necesario que concurra el autor para hacerlo nuevamente²⁴⁸”.

Respecto del contrato de servicios profesionales (que en Chile, equivaldría a las denominadas profesiones liberales), se indicó que no era necesario un tipo especial para regular este contrato, primero, porque la diversidad de actividades profesionales hace difícil encuadrarlas en un solo tipo especial y existe mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos (del Código); segundo, porque las reglas específicas ya están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios. La parte especial de los servicios se remite al apartado regulatorio de las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera

línea] [Citado el: 20 de diciembre de 2014.] <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2>. pp. 146-149.

²⁴⁸ Ibid.

actividad de los otros en que se promete la eficacia, y las demás reglas del estatuto de las obligaciones en general²⁴⁹.

2. Lex Artis

Como se vio al tratar el objeto del contrato, la obligación principal del arrendatario de servicios es la prestación del servicio, la realización de un *facere* regido por los principios de las obligaciones de hacer.

Como regla general se ha de prestar el servicio personalmente, porque es usual la celebración de este contrato en contemplación a las cualidades del que ha de prestarlo²⁵⁰, y de una manera que sea conforme a los usos profesionales. Para Díez-Picazo, la diligencia exigible en el cumplimiento de la obligación no es la del buen padre de familia, sino las reglas del arte o profesión ("*spondet pertitiam artis e imperitia culpa enumerantur*"). El prestatario responderá de su pericia en el arte u oficio, asimilándose la impericia a la culpa,

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ LORENZETTI. Op. cit. pp. 605, señala que aunque hay autores que se refieren indistintamente a la confianza, al carácter *intuitu personae* o incluso al contrato personalísimo, son términos que deben ser diferenciados. Así, el carácter *intuitu personae* de la obligación existen cuando la persona del deudor hubiere sido elegida para hacer el pago por su industria, arte o cualidades personales, pactándose una prestación infungible. Por el contrario, en los contratos en lo que existe una confianza especial, hay normalmente obligaciones *intuitu personae*, pero es un concepto más amplio, que incluye la posibilidad de transmisibilidad obligaciones.

pero siempre en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar²⁵¹.

Otros autores proponen que no existen dos tipos de medida de la diligencia exigible en el CC, sino un único patrón que al concretarse según las circunstancias específicas de la obligación en cuestión, puede ser diferente en cantidad y calidad al exigido para cualquier otra obligación cuyas circunstancias fueran distintas. Para Cervilla, el profesional liberal que concierta con el cliente un contrato de arrendamiento de servicios en base al cual se obliga a su acreedor a suministrarle unos medios, medios que son sus conocimientos y prácticas de la profesión en cuestión, incumplirá si éstos no son acordes con las reglas de la profesión concretas según las circunstancias que rodeen la ejecución de la prestación. Para determinar el cumplimiento o no de la obligación, será necesario establecer si el *facere* se ha llevado a cabo con la diligencia media consistente en adecuarlo a las reglas de la profesión que debe dominar y conocer el profesional medio (*lex artis*) situadas en un contexto temporal y espacial determinado (*ad hoc*)²⁵².

La *lex artis*, por tanto:

“es una regla de medición o valoración de una conducta, en base a criterios objetivos, de naturaleza técnica, y cuyo contenido se establecerá en función del acto concreto de la actividad profesional cuya diligencia se

²⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis. “Sistema...”. pp. 166.

²⁵² CERVILLA. Op. cit. pp. 134.

trata de calibrar, así como las circunstancias de la persona-profesional, y de tiempo y lugar en las que el *facere* se lleva a cabo”²⁵³.

Para Lorenzetti, el profesional compromete una obligación de hacer, cuyo contenido varía en función de una serie de parámetros: la costumbre y el standard de conducta exigible; la ética; la ciencia médica; el compromiso asumido frente a la contraparte; la presencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos, como la libertad, el patrimonio, la vida y la salud; los recursos comprometidos en el caso; el margen de error. De ello, según el autor, se deducirán las reglas de conducta que rigen la actuación profesional cuya alta de observación revelará la culpa²⁵⁴.

Por lo tanto, en la actualidad, una parte relevante del contenido contractual de los contratos de arrendamiento de servicios en la mayoría de las profesiones actualmente queda entregado a la *lex artis*, especialmente cuando se trata de prestaciones médicas. En el caso de los médicos (caso que puede ser perfectamente extrapolable a las otras profesiones según los casos) fuera del contenido determinado por el legislador, la *lex artis* constituye el patrón de conducta que les resulta exigible, aunque no esté prevista la conducta en forma expresa en la ley, y constituye una segunda fuente de deberes y obligaciones que es usual que se vaya construyendo a través de la jurisprudencia²⁵⁵. A propósito de la responsabilidad médica la Corte Suprema ha señalado:

²⁵³ Op. cit. pp. 135.

²⁵⁴ LORENZETTI. Op. cit. pp. 629.

²⁵⁵ PIZARRO WILSON. Op. cit. pp. 835.

“La *legis artis* ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión (...) Que las acciones de salud corresponde sean desarrolladas conforme a la *Lex Artis Médica*, que constituye el parámetro de comparación de la actividad desplegada por los médicos, caracterizada como una obligación de previsión, diligencia, cuidado y garantía del respectivo facultativo”²⁵⁶.

A fin de dotar de contenido concreto a la *lex artis*, más allá de su formulación abstracta, la costumbre es una fuente relevante para ese fin. No obstante, las profesiones, como en el caso de la medicina, van más allá de la simple costumbre: son las prescripciones o descripciones de cómo debe comportarse el médico (o el profesional liberal), conforme a la ciencia médica (o a la disciplina de que se trate), lo que permite dotar de contenido a la *lex artis*²⁵⁷.

²⁵⁶ Wagemann con Vidal, citado por PIZARRO Op. cit. pp. 835-836.

²⁵⁷ PIZARRO. Op. cit. pp. 836.

CAPITULO SEGUNDO

INTEGRACION DE LOS CONTRATOS REGIDOS POR LEYES ESPECIALES

Sentado que las lagunas que se originen por causa de la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios civiles pueden ser colmadas mediante su interpretación y el procedimiento analógico, corresponde ahora abordar lo que sucede con los contratos de servicios que son regulados por leyes especiales.

Como se señaló en su momento, la regulación legal de las conductas humanas, principalmente de las obligaciones de hacer, es realmente escasa, girando la temática de la codificación alrededor de la posición del deudor en las obligaciones de hacer y los límites que debe tener la ejecución forzada, tema éste de larga evolución desde las fuentes romanas. Existe en cambio una profusa actividad reglamentaria de los servicios, cuyos creadores son el Estado, los colegios profesionales, las agrupaciones empresariales, etc, que carecen de una pretensión globalizadora. Por otro lado, la autonomía privada es poco laboriosa, puesto que se remite a tratar el precio y condiciones muy generales de prestación de servicios. Por lo tanto, al igual que sucede en el comercio internacional, éste es un sector reglado por la costumbre y la técnica, que al modo de *lex mercatoria* va marcando los contornos deudorios²⁵⁸.

²⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo. Op. cit. pp. 613-614.

Los contratos de arrendamiento de servicios abarcan una pluralidad de ámbitos cuya importancia normativa, debido a los bienes jurídicos, intereses públicos, etc., se refleja en los distintos tratamientos que recibe mediante leyes especiales. De esta forma, el contenido de estos contratos en los respectivos campos de aplicación de estas leyes ha hecho en la práctica que en su mayoría se conviertan en contratos dirigidos, en lo que una parte importante de su regulación viene dada heterónomamente por parte del legislador. A continuación se examinarán las incidencias más relevantes que esta nueva regulación ha importado en el tráfico jurídico de los servicios.

1. Contratos administrativos.

Los contratos de suministro y de prestación de servicios que se requieran para el desarrollo de las funciones de la administración del Estado quedan regulados y tipificados por la Ley N° 19.88, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Las concesiones de servicio público se rigen por los principios y normas que reglan los actos administrativos²⁵⁹.

²⁵⁹ Vid. a este respecto el libro de MORAGA KLENNER, Claudio. 2007. Contratación administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

2. Contratos de consumo

Como se ha señalado al comienzo de este trabajo, nuestro Código está construido sobre la base del intercambio de bienes entre sujetos considerados iguales, estableciendo sin contrapeso la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como principios rectores de su regulación. Esta situación puede considerarse aislada en el derecho comparado, en que el supuesto de la igualdad entre las partes y su principio derivado de la libertad contractual ya no son el paradigma exclusivo en materia de derecho de contratos: unos de los platos de la balanza ha roto en parte ese desequilibrio en cuanto ahora descansan sobre él otras directrices de contenido a veces opuesto, como lo son la protección de la buena fe y la parte débil del contrato. La extensión que la ley N°20.416 ha hecho de la protección diseñada para los consumidores a las micro y pequeñas empresas, al otorgar legalmente a éstas la calidad de consumidores, demuestra la insuficiencia del Código Civil chileno para responder a las necesidades contemporáneas²⁶⁰.

Según datos entregados en el mensaje de la Ley 20.416, el 96% de las empresas en Chile pertenecen a la categoría de micro y pequeña empresas. Considerando que el criterio para la aplicación de la LPC es la calidad de las

²⁶⁰ MOMBERG, Rodrigo. 2012. La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters. pp. 377-391. pp. 377-378.

partes que ejecutan o celebran el acto o contrato (que una de las partes sea un consumidor o una micro o pequeña empresa), en el hecho la gran mayoría de los actos y contratos que se celebran en nuestro país han pasado a quedar regidos por la LPC y no por la normativa común (ya sea del Código Civil o el Código de Comercio). De esta forma, el ámbito de aplicación del Código Civil y del Código de Comercio ha quedado reducido sólo a las transacciones efectuadas entre particulares y entre medianas y grandes empresas, según corresponda. Respecto de esta última categoría, debido a que generalmente dichas partes cuentan con los recursos para contar con asesoría legal profesional, es altamente probable que las normas dispositivas de los códigos sean excluidas o alteradas en los contratos que ellas celebren.²⁶¹ Respecto a los profesionales liberales, éstos están excluidos de la responsabilidad que se regula por la ley 19.946, ya que tales profesionales no ejecutan actos de comercio y no se da el requisito del art.2, en orden a que se trate de un acto mixto: mercantil para el proveedor y civil para el consumidor²⁶².

El objeto de la mejora regulatoria es restaurar el equilibrio en las relaciones contractuales ente PYMES y sus proveedores, pero, a juicio de Momberg, está alternativa constituye la peor de las opciones: la LPC, que es una normativa poco sistémica, sujeta constantemente a reformas poco reflexivas y derivadas muchas veces de situaciones contingentes, y cuya

²⁶¹ MOMBERG. Op. cit. pp. 389.

²⁶² ORREGO. Op. cit., pp. 480.

aplicación esta entregada a una judicatura no profesional, ha pasado a regir en la práctica nuestro derecho de obligaciones y contratos²⁶³.

El sistema de responsabilidad por incumplimiento de contratos de prestación de servicios a consumidores la Ley de Protección al Consumidor se cifra en el art. 41 L.P.C. Esta norma establece:

“El prestador de un servicio, incluido el servicio de reparación, estará obligado a señalar por escrito en la boleta, recibo u otro documento, el plazo por el cual se hace responsable del servicio o reparación.

“En todo caso, el consumidor podrá reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la fecha en que hubiere terminado la prestación del servicio o, en su caso, se hubiere entregado el bien reparado. Si el tribunal estimare procedente el reclamo, dispondrá se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos.

Para el ejercicio de los derechos a que se refiere el presente párrafo, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de esta ley.”

Los remedios legales que establece la L.P.C. son entonces:

- La obligación del proveedor de subsanar el incumplimiento haciendo de nuevo el servicio.

²⁶³ MOMBERG. Op. cit. pp. 391.

- La obligación de devolver el precio pagado por el consumidor.
- El consumidor conserva el derecho a ser indemnizado de todo otro perjuicio causado por el incumplimiento.

La L.P.C., por lo tanto, conserva los remedios del derecho común, pero incorpora al sistema la devolución del precio, mecanismo que supone la resolución del contrato por incumplimiento. Se amalgaman de este modo un remedio del derecho especial de los contratos de prestación de servicios civiles (hacer de nuevo el servicio) junto a otro que procede de la compraventa y del derecho general: la obligación de devolver el precio (art. 1489 C.C.Ch.). La mora desaparece como elemento de la responsabilidad civil por incumplimiento de contratos, y la elección de los remedios pertenece al consumidor²⁶⁴.

El incumplimiento se unifica en una noción única, la de servicio defectuoso, noción semejante a la de ejecución indebida como incumplimiento mínimo que pone en marcha el sistema de remedios legales del derecho común: el proveedor deja de cumplir lo pactado cuando no presta el servicio a que se ha obligado, o lo hace de manera defectuosa, disconforme con lo convenido (art. 43 L.P.C.)²⁶⁵.

En el derecho común las partes nombran peritos que evalúan si la alegación de haberse ejecutado indebidamente la obra o el servicio es fundada; en la L.P.C., el reclamo por disconformidad con lo pactado será

²⁶⁴ RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. "La responsabilidad del intermediario..." pp. 479.

²⁶⁵ Ibid.

procedente cuando el consumidor acredite que el servicio contratado no ha sido realizado o se hizo de manera disconforme con lo convenido. Cuando a juicio del tribunal es procedente la reclamación, el consumidor puede optar por el remedio que mejor satisface su interés contractual. Será el deudor o proveedor del servicio quien deberá acreditar haber hecho la prestación y haberla hecho debidamente, conforme a lo pactado²⁶⁶.

²⁶⁶ Op. cit. pp. 480.

CONCLUSIONES

1. La importancia de encontrar un régimen aplicable conforme a parámetros objetivos se realza al considerar el lugar que ocupan actualmente los servicios en la economía moderna. Ello contrasta con la atención que recibió la regulación de las obligaciones de hacer, en general, y los contratos consistentes en la prestación de una actividad, en especial, a excepción del mandato.
2. El contrato de arrendamiento de servicios ha sufrido importantes cambios a lo largo de su evolución desde el derecho romano hasta nuestros días. En la actualidad, se hace patente la importancia que han adquirido las formas contractuales civiles como medio para encauzar las prestaciones de actividad, en desmedro del contrato laboral.
3. La doctrina civil, especialmente extranjera, ha establecido criterios diferenciadores entre los principales contratos que tienen por objeto una prestación de actividad: el contrato de trabajo, el arrendamiento de obra, el arrendamiento de servicios y el mandato. Nuestro Código Civil Chileno no permite la diferenciación que se hace en otras legislaciones entre el contrato de arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra en base a que el primero contendría obligaciones de medio y el segundo obligaciones de resultado, puesto que en el articulado del párrafo noveno

del título XXXVI se aprecia que el legislador consideró tanto medios como resultados como objeto de este contrato.

4. Nuestro Código Civil, siguiendo la tesis clásica que subdivide el arrendamiento en tres subcontratos relativos a cosas, obras y servicios, en cierta forma se adelantó a la legislación más avanzada en la materia de regulación de servicios, como es el caso del Código Suizo de las Obligaciones y el Código Holandés, al admitir en su regulación del arrendamiento de servicios tanto las obligaciones de medio como de resultado, lo que facilita la búsqueda de soluciones a través del procedimiento analógico a realizar por el juez en caso de presentarse contienda entre las partes del contrato. En la práctica, en nuestro país, el estatuto del arrendamiento de obra, proyección conceptual del contrato de compraventa, constituye el estatuto de aplicación general para los servicios en virtud de su aplicación analógica.
5. En general, se aprecia en el derecho comparado la tendencia a utilizar el binomio obligación de resultad/obligación de medio como criterio para determinar el estatuto aplicable al contrato de servicios. En los sistemas alemán, suizo y español la aplicación analógica se limita al contrato de mandato en relación al contrato de arrendamiento de servicios, puesto que el arrendamiento de obra no limita su supuesto de aplicación sólo a un resultado material, como sucede con nuestro Código Civil, sino que se refiere genéricamente a resultados. Esto implica que los supuestos de

hecho que refieran a obligaciones de resultado serán subsumidos por el arrendamiento de obra, en tanto que los que refieran a obligaciones de medio, lo serán por el arrendamiento de servicios, luego integrado por el estatuto del mandato. Por otro lado, la legislación de vanguardia, como la Argentina y el trabajo contenido en el “*Draft Common Frame of Reference*” (DCFR), en cambio, se sustentan en criterios más bien funcionales y heurísticos, no encasillando el contrato de que se trate en un determinado contrato por el tipo de obligaciones que se generen, sino más bien recurriendo a la voluntad de las partes.

6. La tesis sostenida tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia de aplicar el estatuto del mandato a los contratos celebrados por profesionales (por la remisión normativa contenida en el artículo 2118) ha sido cuestionada por doctrina reciente, lo que ha supuesto una crítica reflexiva en torno a las incongruencias que surgen de tal postura. De esta forma, se ha ido abriendo paso la tesis de la aplicación analógica según la naturaleza obligacional de las prestaciones contenidas en el contrato.
7. En la actualidad la Ley 19.496 que establece normas de protección al consumidor se ha erigido como puntal normativo de la mayoría de los contratos de servicios celebrados en el tráfico jurídico. Si bien ello tiene el positivo efecto de establecer reglas claras en torno a estos contratos, la dispersión normativa, sumada a la especialidad que reviste esta ley,

que no se rige por la lógica civilista, ha impedido el correcto y armónico desarrollo de la legislación general que debiera estar contenida en el Código Civil chileno, que urge de un proceso reformativo que dé cuenta de la complejidad que entrañan los contratos consistentes en prestaciones de actividad, y más en general, de las obligaciones de hacer.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. 2005. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2° Edición.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. 1988. De Los Contratos. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur.
- ALONSO PEREZ, María. 1997. Los Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos. Barcelona, J. M. Bosch.
- BARROS, Enrique. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS, Enrique. 2012. Contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas sobre el mandato. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters.
- BETTI, Emilio. 1993. La interpretación jurídica. Santiago, Legal Publishing.

- CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. 1993. Las obligaciones de actividad y de resultado. Barcelona, J. M. Bosch.
- CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. 2010. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado. En: Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VI: responsabilidad médica. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 45 - 84.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores. 2001. La prestación de servicios profesionales. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Comisión redactora de la reforma presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti. Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. sitio web de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. [En línea] [Citado el: 20 de diciembre de 2014.] <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2>.
- COUTURE, EDUARDO. 1960. Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Montevideo, Bianchi Altuna.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Versión electrónica de la 22ª edición. [En línea] <http://www.rae.es/> [Consulta: 15 de Diciembre de 2014]
- DIEZ PICAZO, Luis. 2013. Sistema de derecho civil. Madrid, Tecnos.V2.T2.

- DIEZ-PICAZO, Luis. 2007. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Madrid, Civitas.
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. 2010. El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica. En: Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VI: responsabilidad médica. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 21 - 44.
- ENNECCERUS, Ludwig. 1951. Tratado de Derecho Civil. Barcelona, Bosch.
- ESSER, Joseph. 1977. Schuldrecht, Besonderer Teil. Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. 1998. El Contrato de Servicios Médicos. Madrid, Editorial Civitas.
- IÑIGUEZ, Marcelo. 2005. Los servicios no profesionales. Revista de derecho privado y comunitario. Vol. I. pp. 87-104.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. 1998. La responsabilidad civil del profesional liberal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- JANSEN, Chris. 2010. Principles of European Law on Service Contracts. En: ZIMMERMANN, Reinhardt. Service Contracts. Tübingen, Mohr Siebeck. pp. 43-57.

- JUANES, Norma. 2005. Proximidades y diferencias entre la locación de servicios y el mandato. *Revista de derecho privado y comunitario*. pp. 269-294.
- KADNER, Thomas. 2010. Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands. En: ZIMMERMANN, Reinhardt. *Service Contracts*. Tübingen, Mohr Siebeck. pp. 59-97.
- KAUFMANN, Arthur. 1976. Analogía y "naturaleza de la cosa": hacia una teoría de la comprensión jurídica. [trad.] Enrique Barros Bourie. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 2005. *Los Contratos, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Vol. V.1.
- LORENZETTI, Ricardo. 2004. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires, Bubizal-Culzoni Editores.
- LORENZETTI, Ricardo. 2005. Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica. *Revista de derecho privado y comunitario*. Vol. I. pp. 7-42.
- MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. 2008. El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano. En: GUZMAN BRITO, Alejandro (coord.). *Colección de estudios de derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. pp. 483-504.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo. 2012. La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters. pp. 377-391.
- MORAGA KLENNER, Claudio. 2007. Contratación administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2005. Contratos de servicios. los servicios prestados por profesionales. Revista de derecho privado y comunitario. Vol. I. pp. 33-48.
- MULLER, Enrique. 2006 Locación de servicios y de obra. Semejanzas y diferencias. Revista de derecho privado y comunitario, Vol. II. pp. 183-197
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. 2011. El contrato de arrendamiento. 2°. Santiago, Editorial Metropolitana.
- PIZARRO WILSON, Carlos. 2014. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. Revista Chilena de Derecho 41 (3): 824-843
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. 1991. Contratación comercial moderna. Santiago, Jurídica de Chile.

- RODRIGUEZ ENNES, Luis. 2009. El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la locatio conductio operarum et operis como consecuencia de la presente depresión económica. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (32): 183-208.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo. 1992. La obligación como deber de conducta típica. Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile.
- RODRIGUEZ GUITÁN, Alma. 2001. El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales. Anuario de Derecho Civil, Marzo-Abril, (54): 681-751.
- RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2008. Incumplimiento y Exoneración de Responsabilidad en los Contratos de Servicios. Los Lineamientos de la Responsabilidad Estricta del Proveedor. En: GUZMÁN B., Alejandro [editor]. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, Legal Publishing. pp. 503 - 517.
- RODRIGUEZ PINTO, María Sara. 2008. La responsabilidad civil del proveedor en los contratos de prestación de servicios. En GUZMÁN B., Alejandro [editor]. Colección de estudios de Derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. pp. 471 y ss.
- RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2010. La responsabilidad del intermediario de servicios al consumidor (un estudio tentativo del sistema de atribución de responsabilidad del artículo 43 de la Ley sobre

Protección de los Derechos de los Consumidores). En: BARROS Bourie, Enrique, TAPIA, Mauricio y FIGUEROA, Gonzalo. Estudios de derecho civil VI. Jornadas de derecho civil. Olmué, Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile. pp. 697-705.

- RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara. 2011. La indemnización de perjuicios por incumplimiento de contratos de servicios. Tendencias de jurisprudencia reciente. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). Estudios de derecho civil VII: jornadas nacionales de derecho civil: Viña del Mar, 2011 / Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile: Thomson Reuters. pp. 675-684.
- SALGADO ALEGRÍA, Luciano. 1945. Del arrendamiento de servicios inmateriales. Memoria: tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad de Chile, Escuela Tipográfica Salesiana.
- SCHULZ, Fritz. 1960. Derecho Romano Clásico. Barcelona, Bosch.
- STITCHKIN BRANOVER, David. 2008. El Mandato Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TRIGO, F. y LOPEZ M., M. 2004. Tratado de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Editorial La Ley.
- VERDUGO BRAVO, Ismael. 2003. La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos. [En línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp->

[content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf](#) [Consulta: 20 de Noviembre de 2014].

- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. 2008. Los contratos de servicios. Madrid, LA LEY.
- WORLDBANK. Services, etc., value added (% of GDP). [en línea] <http://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TETC.ZS> [consulta: 15 de mayo de 2015].
- ZIMMERMANN, REINHARDT. 1996. The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, Oxford University.