

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**Obligaciones de medios y  
obligaciones de resultado**

por Alberto J. Bueres

Anticipo de “Anales” - Año LXIII  
Segunda Época - Número 56

Julio de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Académico *Dr. Rafael M. Manóvil*

Tesorero

Académico *Dr. Daniel Funes de Rioja*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)  
[www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org)

Se terminó de imprimir en el mes de julio de 2018.

## Discurso de recepción

Por José W. Tobías<sup>1</sup>

Es un honor y un motivo de especial satisfacción para mí dar la bienvenida en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a su nuevo miembro. Al privilegio que supone pronunciar el discurso de recepción, se suma la circunstancia de los particulares atributos del recipiendario: una fecunda tradición de estudioso e investigador; de escritor profundo y agudo y de una destacada actuación en la magistratura. Agrega a ello su afabilidad y sobriedad en el trato –tan ajeno a las jactancias y soberbias– aspectos estos de importancia en los cuerpos colegiados, sobre todo en aquellos en que por la naturaleza y el carácter vitalicio de las designaciones, sus miembros han de recorrer un camino común por el resto de sus vidas.

Alberto cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Buenos Aires, y rememorando aquellos años en el “viejo e incomparable” Colegio –así lo menciona en el prólogo a uno de sus

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico de Número Dr. Alberto J. Bueres, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de mayo de 2018.

libros– agrega que su “recuerdo nostálgico, no sólo está siempre vivo, sino que se agiganta a medida que transcurre la vida”.

Se graduó de abogado en el año 1968 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y se incorporó a la actividad docente –primero como Auxiliar y luego como Profesor adjunto– en las Cátedras de dos recordados miembros de esta Academia. Primero en la de Contratos a cargo del Dr. Marco Aurelio Risolía y luego en la de Obligaciones a cargo del Dr. Jorge Bustamante Alsina. Ambos juristas influyeron en su formación científica y el segundo prologó lo que es quizás su obra más importante (Responsabilidad Civil de los médicos).

Obtuvo el título académico superior, con la máxima calificación, graduándose como Doctor en Jurisprudencia con la tesis “Objeto del negocio jurídico”. Dijo de ella uno de sus comentaristas que la obra, elaborada por quien calificó como “uno de los juristas más notables e incisivos de los últimos años”, se encontraba dentro de la “bibliografía más importante que existe en la literatura jurídica sobre el tema del objeto y la causa negocial”.

En 1985 accedió al cargo de Profesor Titular Regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en el año 2008, el Consejo Superior de esa Universidad lo designó Profesor Titular Emérito a propuesta del Consejo Académico de la Facultad de Derecho (en ambos casos por unanimidad).

Como es notorio, ha sido Vicedecano de esa Facultad por el período 2010-2017 y recientemente asumió como Decano electo de la misma Facultad por el período 2018-2022.

Es o ha sido Profesor invitado, visitante u honorario en más de 20 Universidades de Europa y América.

Su producción científica –como es también notorio– es numerosa y de calidad superlativa: no puedo dejar de mencionar algunos de sus libros: las 3 ediciones de “Responsabilidad civil de los médicos”, “El acto ilícito” (publicado también en Italia por la Editorial Cedam), “Derecho de daños”, “Responsabilidad civil de los escribanos”,

“Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos” o la actualización con Jorge Mayo, de los clásicos “Tratados de Obligaciones y Contratos” de Hector Lafaille Tampoco omitir mencionar que fue Director de las obras “Responsabilidad por daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina” (uno de sus maestros) o “Responsabilidad por daños en el tercer milenio en Homenaje a Atilio Alterini” o del “Código Civil anotado. Análisis doctrinario y jurisprudencial” en 29 Tomos. Es Director de la reciente obra “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, en 12 Tomos.

Es autor de otros casi 400 trabajos, monografías y comentarios en revistas y publicaciones nacionales y extranjeras.

Pero la expresión numérica de su obra –suficientemente indicativa– adquiere una dimensión especial cuando se evalúa su contenido. En esa dirección, corresponde afirmar que son numerosos y significativos los aportes de Alberto al Derecho Privado. Me limitaré a enunciar solo algunos de ellos, sin posibilidad, aquí, de analizarlos: la propuesta de suprimir la categoría de los contratos reales (recogida por el Proyecto de 1998 y el actual código civil y comercial); la defensa, caracterización e importancia de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado (sobre la que volverá, enseguida, en su exposición); el auténtico lugar a atribuir a las llamadas obligaciones naturales; sus precisiones acerca de los centrales conceptos de hecho jurídico, acto jurídico y daño; sus cuestionamientos a una corriente de opinión que postula la existencia de otras clases de daños que coexistirían –autónomamente– con el daño moral y el patrimonial; sus críticas a las doctrinas anticausalistas y su defensa del llamado neocausalismo sincrético o sincretismo causal o, en fin, su propuesta acerca del criterio de apreciación de la culpa médica (desechando tratamientos de preferencia y, también, los que postulan una mayor severidad en la valoración).

A tan fecunda actividad académica, agrega Alberto Bueres su actividad en la magistratura. Ingreso al Poder Judicial de la Nación

como meritorio y luego de desempeñar los cargos de secretario y juez en la Justicia Nacional en lo Civil, fue designado magistrado de la Cámara Nacional de ese fuero, cuya presidencia ejerció en los años 1987 y 2000.

A propósito, sus votos como Camarista reflejan también al ilustrado doctrinario. Menciono solo dos por su importancia: su voto en el plenario Civil, en que defiende la viabilidad del lucro cesante al declararse la resolución del negocio por el ejercicio del pacto comisorio y su voto en la causa “Kodama” en la que postula un distingo entre los actos mortis causa y los actos “in diem mortis dilati”

Su actividad se ha extendido, también, al ámbito legislativo. Fue miembro de la Comisión designada por Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, que elaboró un Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial (el conocido como Proyecto de la Comisión Federal), que llegó a tener media sanción de esa Cámara y colaboro en la redacción de otros proyectos de leyes y reformas a artículos del Código Civil (recuerdo, por ejemplo, la reforma al artículo 1117 de ese Código relativo a la responsabilidad de los Centros Educativos por hechos dañosos de los alumnos).

Tengo para mí que la prueba más acabada de los méritos académicos y virtudes humanas de un jurista es el reconocimiento público de sus pares. En esa idea, señalo que las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) –como es sabido, el evento científico más importante de esa rama del Derecho– se celebraron en su homenaje por decisión unánime de los Directores de Institutos de las universidades públicas y privadas del país.

Corolario de ello fue el Libro Homenaje a Alberto Jesús Bueres (Derecho Privado, 2001) en el que colaboraron, con sus aportes, 120 calificados juristas argentinos, brasileros, colombianos, españoles, italianos, franceses, portugueses y peruanos. Por iguales razones, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo distinguió como Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas.

En esta particular ocasión creo de estricta justicia mencionar especialmente a sus afectos: su esposa María del Pilar Osorio (Monina para nosotros) por lo que ha significado su compañía, colaboración y presencia en la actuación del beneficiario y sus cinco hijos y doce nietos que se encuentran presentes en el salón.

La vida del Dr. Bueres, en fin, es el ejemplo acabado del cumplimiento de una acendrada vocación por el Derecho, con la vista en el bien común y en la idea de lo justo. Como se afirmó en una oportunidad similar a ésta, “siguió su estrella y arribó a glorioso puerto”.

Se incorpora a esta Academia luego de pertenecer a su Instituto de Derecho Civil desde el año 2002, en que se lo creó. Disertará hoy sobre un tema de enorme interés y al que ha dedicado importantes estudios, brindándonos una visión actualizadora de la clasificación de obligaciones de medio y de resultado.

Así que con justificada admiración, y con el afecto y la amistad que resultan de haber recorrido durante más de 40 años el común camino del estudio del derecho civil, le reitero la más cordial bienvenida.





# Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

por Alberto J. Bueres<sup>1</sup>

1. Las discusiones sobre el objeto de la obligación constituyen un problema que siempre trajo dificultades y, **a fortiori**, si a esto se añade el asunto de la relevancia (o irrelevancia) sustancial que puede presentar en la configuración del mencionado objeto la distinción de las obligaciones de medios y de resultado<sup>2</sup>.

La obligación de resultado, al propio tiempo que ciertas obligaciones de garantía, ha asumido una importante extensión que dimana del sistema globalizado e impersonal del intercambio de masas. Por ende y aunque la atención no debe cultivar una preferencia temática, es menester poner énfasis en el ensalzamiento del deber de medios, que en muchos momentos fue atacado con variados argumentos.

---

<sup>1</sup> Discurso del Académico de Número Dr. Alberto J. Bueres, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de mayo de 2018.

<sup>2</sup> Carbone, Enrico, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 1.

Los modelos contractuales económicos expulsan del sistema toda consideración relacional y pregonan la adopción de cualquier instrumento de análisis que presente tan sólo una aparente (o ficticia) vena ética. La prospectiva eficientista sustentada en ideas del Common Law agrede la misma noción de incumplimiento, que la teoría del incumplimiento eficiente (**theory of efficient breach**) transforma ingenuamente en acto lícito como opción practicable<sup>3</sup>. Un argumento que se predica a propósito de la crisis de las obligaciones de medios y de resultado, se sustenta en razones sociológicas –muy discutibles– (la teoría de la modernidad líquida –que desarrolló Zigmund Barman en una obra sobre el asunto–). Bajo esta luz, los conceptos jurídicos habrían perdido la certeza inherente a la modernidad y, por ende, se prefiere acudir al razonamiento de signo líquido, connatural a la postmodernidad y que a diferencia de lo sólido, prefiere la desregulación, la flexibilización, el cambio libre no condicionado por el aparato conceptual<sup>4</sup>. Estas ideas se enlazan con una reivindicación de la jurisprudencia práctica, que pretende conceder a los jueces las más amplias facultades para valorar las relaciones obligatorias. Curiosa postura, esta última, en la medida en que teorías opuestas a esa esfera del libertad, objetan la límpida vigencia de las obligaciones de medios y de resultado sobre la base del positivismo legalista<sup>5</sup>.

Inclusive, en Francia, donde la obligación de medios tiene un importante desarrollo, se han esbozado teorías tendentes a suprimir la responsabilidad contractual, en tanto en cuanto ella comportaría un falso (**faux**) concepto<sup>6</sup>, pese a lo cual el Proyecto de Pier Catalá dis-

---

<sup>3</sup> Roppo, Enzo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2001, p. 532; Carbone, ob. cit., p. 3. Acerca del incumplimiento eficiente, cfr. Eisenberg, M.A., *The Disgorgement Interest in Contract Law*, *Michigan Law Review*, 2006, p. 870.

<sup>4</sup> Scalisi, V., *Categorie e istituti del diritto civile nella trasizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. VII. Cfr. Carbone, ob. cit., p. 1 y 2.

<sup>5</sup> Carbone, ob. cit., p. 76.

<sup>6</sup> Remy, Philippe, *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, p. 323 y ss., y *Critique du système française de la responsabilité*, “*Droit des Cultures*”, 1996- 1-47 y ss.; Letourmy, L., *La responsabilité delictuelle du contractan*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p. 839 y siguientes.

ciplina con amplitud la clasificación examinada. Cabe señalar que los Principios de Unidroit también recogieron de forma explícita la susodicha clasificación en los arts. 5. 4. y 5. 5. –hoy 5. 1. 4. y 5. 1.5–. En la obligación de resultado la parte se obliga a realizar un fin concreto (**duty to achieve a specific resultat**), mientras que en la obligación de medios se compromete a adoptar todas las medidas que una **reasonable person** tendría en cuenta para conseguir el fin programado<sup>7</sup>.

2. Los romanos utilizaron elementos para posibilitar que en un futuro se hiciera realidad la distinción de las obligaciones de medios y de resultado, habida cuenta de que contemplaron la tripartición **res locata-conductio rei, operis y operarum**. La contraposición de la **locatio operis** y la **locatio operarum** constituyó el modelo más palmario del opuesto resultado (**opus**) y contenido (**operae**).

No obstante, para algunos juristas, que, por el contrario, privilegiaron la unidad de la **locatio** sobre la base de considerar que el **facere** (el hacer) era accesorio, por caso, para restituir la cosa locada o depositada, la plena conciencia de la clasificación debió ser postergada en el tiempo.

Comoquiera que sea, los pandectistas tuvieron una noción acabada del funcionamiento de la obligación de custodiar la cosa (la llamada **diligencia promotora**) y con ello quedaron echadas las raíces de la clasificación. En primer lugar, aparece en la historia la custodia clásica de naturaleza objetiva y luego la custodia técnica de raigambre subjetiva (la **diligentia in custodiendo**)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Roldan Alzate, Natalia, Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio, Le monografie di Contratto e impresa, Serie directa da Francesco Galgano, Cedam –Wolters Kluger–, Milano, p. 97.

<sup>8</sup> D'Amico, Giovanni, La responsabilità **ex recepto** e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”. Contributo a la teoría de la responsabilità contrattuale, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1999, p. 88 y ss. y p. 194 y siguientes.

3. Giuseppe Osti, ilustre profesor de Bologna, se anticipó a Demogue, como antes lo habían efectuado los pandectistas tudescos Bernhorf y Fischer. Osti explicitó la clasificación entre 1913 y 1918 –fecha ésta en la que publica su trascendente trabajo **Revisione critica sulla teoria della impossibilità della prestazione**<sup>9</sup>. Es evidente, que el citado autor, inspirado en las ideas de Mommsen –opositor del culpabilista Donello–, sustentó **una teoría monista y objetiva** en torno al fundamento de la responsabilidad contractual (el incumplimiento objetivo, sólo vencible por la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta), ha necesitado aceptar un dualismo sobre **el comportamiento** de la prestación (no sobre su **estructura**, quede en claro). De tal suerte, la obligación de medios recuperó el equilibrio teórico que en un esquema objetivo parecía diluirse. No obstante, Osti admitió la primacía cuantitativa de la obligación de resultado, pero ha reconocido **la dignidad** de la obligación de medios. Por otro lado, el cuadro **unitario y objetivista** que señalé no se ha conmovido con sus razonamientos, en contraste con el **dualismo** no exento de un marcado **subjetivismo**, propiciado por Bernhorf y Fischer –que he de analizar en lo que sigue–. Al margen de todo esto, Osti manifestó que la clasificación poseía escaso valor para establecer el régimen de la carga de la prueba<sup>10</sup>.

4. Como he dicho antes de ahora, el **casus** es el único límite de responsabilidad para todas las obligaciones (sean de medios o de resultado) y para cualquier tipo de infracción (falta de cumplimiento –definitivo, parcial o moroso– y cumplimiento defectuoso), situación que produce la ruptura de la relación de causa a efecto. La imposibilidad de pago generada por el **casus** produce dos efectos: extingue la obligación y, por lógica implicancia, libera de responsabilidad al

---

<sup>9</sup> Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 209 y siguientes.

<sup>10</sup> Osti, Giuseppe, Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, n° 9, p. 609 y ss. y n° 10, p. 615 y 616, texto y nota n° 4; y en impossibilità sopravveniente, Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1962, t. VIII, n° 11, p.298.

deudor (arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial 2015). En torno al efecto liberatorio, el deudor responde mientras la obligación se encuentre insatisfecha. Y el límite de tal deber de responder está dado por la imposibilidad de pago. Ciertamente, si falta la prestación o ésta es defectuosa y promedia un **casus** la obligación se extingue –como quedó dicho– y, por tanto, no hay incumplimiento. Asimismo, el **casus** produce el efecto extintivo, razón por la cual se dice comúnmente (**vulgo dicitur...**) que el deudor se libera de responsabilidad, aunque, más que de responsabilidad, me parece a mí que se libera del vínculo, pues si la obligación se extinguió (no hay causa fuente) no cabe hablar de incumplimiento ni de responsabilidad de la que liberarse<sup>11</sup>. Se responde hasta un límite (**casus**); fuera de él ya no hay relación jurídica.

Una cosa es el suceso (o hecho) que causa la imposibilidad, el cual debe ocurrir sin culpa del deudor –o sin que pueda ser imputado de forma objetiva– y otra es la mencionada imposibilidad de pago, que debe ser objetiva y absoluta, más allá de la moderación que se hizo de este último requisito en los últimos tiempos en virtud de la buena fe y el abuso del derecho –moderación que en cualquier caso no desnaturaliza dicho requisito–<sup>12</sup>. Los autores subjetivistas creen que con la verificación del primer suceso (o hecho) imputable, que es sólo un primer tramo en la configuración del **casus lato sensu**, el deudor se libera, sin que interese que la imposibilidad de pagar, que es otro elemento de dicho **casus**, sea objetiva o subjetiva o, para ser más coherentes con la postura culpabilista, sin que siquiera interese (o se plantee) el **quid** de la imposibilidad de pago<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Bueres, Alberto J., El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1998, n° 17, p. 108, y *Responsabilidad civil de los médicos*, Hamurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 503 y 504.

<sup>12</sup> Bueres, Alberto J., La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual, *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Director Marcos M. Córdoba, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 292, 293 y siguientes; y en la actualidad, art. 1732, in fine, Código Civil y Comercial 2015.

<sup>13</sup> Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 160 y ss.; Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 491, nota n° 52.

La historia muestra singulares desencuentros al perfilar el caso fortuito y la fuerza mayor, pues en ciertas ocasiones los identifica y en otras los diferencia. Es más, entre estos conceptos, por lo menos para una significativa parte del pensamiento actual, se inmiscuye la no culpa (o falta de culpa) –falso y absurdo **tertium quid** entre la culpa y el fortuito–, que algunos llamaron y aún llaman caso fortuito menor (**casus minor**) y que en Italia para muchos opinantes es la esencia de la denominada **causa no imputable** incluida en el art. 1218, Código italiano 1942. Y con esto no se gana nada, fuera de generar confusión, pues **la no culpa** no es un caso fortuito **en sentido amplio**; y esto reclama apartar aquélla del último.

También se habla de un **casus** interno –**impropio**– con respecto al riesgo típico y de un **casus** externo a dicho riesgo (éste sería el que exime). Asimismo, hay quien propone, con arreglo a una teoría dualista, que si el hecho es externo en relación con el círculo de actividades del deudor (un huracán) hay fuerza mayor, mientras que si el suceso es interno con respecto a dicho círculo el deudor no se exonera, haya actuado con diligencia o sin ella. En realidad la no culpa aunque pueda ser causal no es **casus**; a lo sumo será una eximente de responsabilidad cuando la ley lo autoriza (el llamado daño provocado “con las cosas” en el art. 1113, Código Civil 1869). Del mismo modo que no hay una fuerza mayor ajena al riesgo típico (fuerza mayor extraña, extravagante, albarránea, extrínseca o exógena) y una fuerza mayor (se trataría en este orden vacilante de ideas de un caso fortuito) interna, intrínseca o endógena, propia del riesgo desplegado, generada en el círculo de actividades del deudor, que sería liberatoria en sede de responsabilidad subjetiva, pues supone ausencia de culpa, pero que no podría serlo en supuestos de responsabilidad objetiva. Sin duda que es menester ordenar la terminología hartamente confusa<sup>14</sup>. No obstante, aquí no hay fuerza mayor (ni caso fortuito) sino que promedia la

---

<sup>14</sup> Ver las ideas en Medina Crespo, Mariano; Medina Alcoz, María; Medina Alcoz, Luis, La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de Responsabilidad Civil, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>, apartados 1 y siguientes, acápites n° 4.

no culpa (pura) que sólo puede eximir de responsabilidad al dañante cuando la ley, cada vez en menos casos (y para la órbita aquiliana) la disciplina como límite. Pero insisto, todo esto es terminológico.

Tal vez, por estas dificultades, el Código Civil español ha incluido en el art. 1105, como se ha de ver más adelante, una fórmula perifrástica que no menciona ninguna de esas categorías, aunque otros textos de dicho cuerpo legal hablan de caso fortuito, fuerza mayor o de ambos de consuno<sup>15</sup>. El art. 1105 citado, establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así se declare en la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no pudieron preverse o que, previstos, fueran inevitables”. Se dice que el precepto ha sido inspirado en el art. 1014 del Anteproyecto de Florencio García Goyena (1851), aunque yo advierto que en él se menciona el caso fortuito, no así la fuerza mayor; y, que, al igual que en el art. 514, Código Civil 1969, se suministran las bases de la famosa definición de Vinnio –a las que tampoco resulta ajeno el contenido del art. 1730, Código Civil y Comercial argentino de 2015–.

El Código Civil y Comercial argentino 2015, mencionado, adopta una tesis identitaria y asimila lingüísticamente el caso fortuito, la fuerza mayor y la causa ajena (art. 1730), con total acierto<sup>16</sup>.

No obstante, me apresuro en aclarar que el fortuito (**estricto**) ex art. 1730, **sic et simpliciter**, del mismo modo que la no culpa pura (a fortiori), no eximen de responsabilidad contractual, si no generan una imposibilidad de pago (arts. 955 y 1732 de este último Código, y arts. 513, 514 y 888, Cód. Civil de 1871)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> *Ibidem*. (Asunto de política legislativa).

<sup>16</sup> Están en favor de la equiparación conceptual: Cottino, Gastone, Caso fortuito e forza maggiore, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1960, p. 379; Majello, Ugo, Custodia e deposito, Jovene, Napoli, 1958, ps. 229 y 230; Candian, A., Caso fortuito e forza maggiore, Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, II, 1958, N° 2, ps. 988, 989 y ss.; Comporti, Marco, Esposizione al pericolo e responsabilità civile, Morano Editore, Napoli, 1965, ps- 60 y 61; Jordano Fraga, La responsabilidad civil, cit., p. 215 y ss –quien dice que el distingo es una pura diversión académica–; Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 3, p. 291.

<sup>17</sup> El **casus** presenta matices en las órbitas de responsabilidad contractual o extracontractual, Picasso, Sebastián, La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011,

En definitiva, desde los tiempos del derecho romano, pasando por todo el **ius commune**, el positivismo legalista (e individualista) y aun por todo el siglo XX, se persistió en hablar de caso fortuito y fuerza mayor, en ocasiones con sentido equivalente y en otras con significados disímiles, aunque con escasa firmeza y precisión.

La falta de seguridad en los conceptos utilizados para cimentar criterios azarosamente normativos o, en muchos casos posturas personales de cada intérprete, generó un caos que va más allá de lo terminológico y que por ese conducto descaminado se introduce en el laberinto de la semántica.

Se habla de caso fortuito impropio, caso fortuito **minor**, caso fortuito estricto, caso fortuito amplio (comprensivo del elemento objetivo de la imposibilidad de pago –no imputable–), etcétera. Es más, en los países del viejo continente, la necesidad de adecuar los ordenamientos jurídicos internos a las directivas de la Unión Europea, con la consiguiente exigencia de acercar posiciones, llevó en ocasiones a los legisladores a entremezclar discreta o indiscretamente conceptos del **Civil Law** y del **Common Law**, lo cual contribuye, al menos muchas veces, a fomentar confusiones (a esto hay que adicionar los aportes de los Proyectos de Unificación del Derecho Europeo y algunas Convenciones Internacionales). De tal forma, se introdujo entre los límites de responsabilidad –que hasta, según ciertos autores implica la excesiva onerosidad sobrevenida excediendo de forma absurda los susodichos límites– el significado de impedimento ajeno a la voluntad (art. 79, 1º, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías), figura desacertadamente incorporada en el Proyecto de Código argentino de 1998, por ser la fórmula extraña a nuestra tradición jurídica. Tal vez por ello y por fortuna, ha

---

ps. 184 y 185; Del Olmo Guarido, Natalia, El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia. Thomson- Aranzadi, Navarra, 2004, ps. 230 y 231. Ver: Comporti, ob. cit., n° 7, p. 60 y siguientes; Mengoni, Luigi, Oblbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico), Rivista di Diritto commerciale, 1954, I, ps. 290 y 291 y 301 a 304; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad contractual, cit., ps. 29 a 35, 39 y 40, 44 y 45, 59, 71 y ss., 181 a 220.



sido desechada por el Código Civil y Comercial 2015 (aunque, sin defecto de esto, mucho cabría discurrir en torno a si el impedimento ajeno a la voluntad es la imposibilidad de pago provocada por un caso fortuito **estricto**, según la terminología empleada en los arts. 955, 1730 y 1732)<sup>18</sup>.

El derecho comparado es muy importante para producir las transformaciones jurídicas, pero con el razonable tope de la idiosincracia de los pueblos. El Derecho Continental no es el **Common Law**, por más que el contraste de institutos y de soluciones pueda permitir en algún caso y con los recaudos correspondientes, la incorporación de un instituto a un determinado ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

Todo esto confluye con la inmensa complejidad del tema (cuestión de sustancia y no de simple léxico), donde están involucrados la obligación, su naturaleza y efectos, el cumplimiento y el no cumplimiento, la extinción del vínculo y las posibilidades de exoneración del deudor; e, inclusive, el sentido filosófico de la reparación (voluntarismo, solidarismo, compensación, prevención, punición, etc.). Y hasta el prejuicio de la culpa, que aunque se encuentra en amplio retroceso, todavía tiene un lugar en este fenómeno analizado, sea como criterio de determinación del contenido en las obligaciones de medios, bien como criterio de imputación del suceso que origina causalmente la imposibilidad de pago objetiva y absoluta.

De forma liminar, diré que a pesar de que el art. 1730 Código 2015 reitera la fórmula clásica que surge del art. 514 –en la que aparece el hecho imprevisible e inevitable (**quod humanu captu providere non potest resisti**), Digesto, I. 2.Lib. 50, Tit. 9-, según la fórmula de Florencio García Goyena que éste recibe de Arnold Vinnio (o Vinnius) –célebre jurista holandés– resulta indudable que el suceso irresistible ha de ser ajeno al riesgo típico de la actividad del deudor, más allá de que los datos de lo imprevisible y lo evitable

---

<sup>18</sup> Del Olmo Guarido, ob. cit., ps. 68 a 70.

<sup>19</sup> Bueres, Alberto J., El futuro de la responsabilidad civil. ¿Hacia dónde vamos?, en Derecho de Daños, Coordinador Mariano José Herrador Guardia, Sapin, Madrid, 2011 p. 811, 5. 1.

estén disciplinados por los arts. 1724 y 1725, Código 2015 (arts. 512 y 902, Código Civil 1869).

A su vez, el art. 1730 equipara el caso fortuito y la fuerza mayor a la causa ajena; y esta última, más allá de los vaivenes que experimentó en el derecho francés (causa extraña), por ejemplo, en el derecho nacional siempre fue conectada a la ruptura de la relación de causa a efecto. Esto es unánime en la interpretación del art. 1113, párr. 2º, supuesto 2º, Código Civil 1869.

Comoquiera que sea, el caso fortuito (**estricto**) del art. 1730, insisto, para poseer la virtualidad de exonerar al deudor, debe ser elemento causal de la imposibilidad de pago. Es menester la configuración del caso fortuito **en sentido amplio** que define Osti –“caso fortuito **doveva intendersi quale evento che senza colpa del debitore rende oggettivamente impossibile la prestazione**”<sup>20</sup>. Probablemente y aunque muchos códigos del mundo y los proyectos de reforma argentinos (1987 a 1998) permanecen aferrados al mencionado concepto tradicional –**casus stricto** de Vinnio–, en la mayoría de los supuestos la doctrina y la jurisprudencia adosan a dicho **quid** la imposibilidad sobrevenida.

Esto ha sido recogido de manera inacutable por el propio Código de 2015 en los arts. 955 y 1732, en cuanto estatuyen que la imposibilidad no imputable al caso fortuito –**estricto**, se entiende– (también alude a la fuerza mayor el primer precepto), exime de responsabilidad al deudor por extinción de la obligación<sup>21</sup>. Este es el significado recogido por la pandectística cuando se refería a la **cassuelle Unmöglichkeit**<sup>22</sup>.

La no culpa pura se predica a veces de la diligencia para evitar hechos internos al riesgo típico, que oneran y no exoneran –inoficio-

<sup>20</sup> Osti, Giuseppe, *Impossibilità sopravveniente*, cit., T. VIII, n° 4, p. 291, texto y nota n° 3; Bueres, Alberto J., *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 95 y ss.; Picasso, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 176 a 182.

<sup>21</sup> Bueres, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 108 y siguientes.

<sup>22</sup> D'Amico, ob. cit., p. 55, nota N° 24.

sa o ineficaz diligencia, pese a que pueda haber autoría y causalidad: el **casus minor** opuesto al **casus maior** utilizados, junto con otros vocablos, en el **Corpus Iuris Civilis**—<sup>23</sup>.

En cualquier caso, la diligencia (prestable) también es necesaria —a veces y no siempre— para evitar los sucesos externos al riesgo típico que configuran el caso fortuito estricto (la diligencia de los arts. 512 y 902 Código Civil 1869, y arts. 1724 y 1725 Código Civil y Comercial 2015, es la del buen padre de familia —pese a que el modelo no se mencione en los dos Códigos—), aunque hay autores que demandan al **solvens** un esfuerzo superior para resistir el suceso (hecho-*causa*)<sup>24</sup>.

Además, se dice que el caso fortuito es condición necesaria pero no suficiente para exonerar al deudor, dado que hay casos fortuitos internos —aquí se alude a la no culpa pura— que oneran (y no exoneran). Aparte, digo yo, y en torno a la necesidad y a la suficiencia, la afirmación puede ser correcta frente al **casus dolus vel culpa determinatus** y a los demás supuestos que informa el art. 1733, Código 2015 —no obstante las críticas que pueden formularse a la redacción de este precepto por los desajustes conceptuales que evidencia—.

De todos modos, las imprecisiones son notorias en los subjetivistas más radicalizados, que defienden un fundamento subjetivo de la responsabilidad, en tanto suponen que el caso fortuito es un concepto negativo (**casus**= no culpa —**quae sine culpa accidum**—), en donde sólo interesa hacer patente la diligencia, ni siquiera en ocasiones referida a las pautas de lo imprevisible y lo inevitable, y sin que sea menester individualizar **definidamente** el suceso (el hecho-*causa*).

<sup>23</sup> Medina Crespo; Medina Alcoz; Medina Alcoz, ob. cit., acápite 5, quienes hablan de **vis maior** (y **vis minor**), **vis magna**, **vis cui resisti non potest**, **vis divina**, **vis naturalis**, **fatum**, **fatalitas**, **sors**, **fors**, **subitus eventus**, **inopinatus eventus**, **damnum fatale**, **detrimentum fatale**, **damnum providentiale**, etc. Cfr. D'Amico, ob. cit., ps. 29 y 30, 40 y 50, 130 y ss., 137 y 210 y 211.

<sup>24</sup> Del Olmo, p. 37, texto y nota N° 25; Jordano Fraga, La responsabilidad contractual, cit., ps. 101 a 118 -104-. Para el esfuerzo superior: Visintini, Giovanna, Trattato breve della responsabilità civile, Cedam, Padova, 1997, ps. 164 y 165 Comporti, ob. cit., ps. 79 a 84; Anelli, F., Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore, Giuffrè, Milano, 1990, p. 217, nota n° 88.

En este sentido se ha manifestado que el caso fortuito subjetivo, que tuvo singular fuerza durante el siglo 19, se explica mediante una proposición negativa y otra proposición positiva. Según la primera, el **casus** es lo contrario de la culpa (sin precisiones acerca de la dirección a la cual va dirigida la susodicha no culpa). Conforme a la segunda la diligencia es enfocada para adosarla a lo imprevisible e inevitable, razón por la cual se supone que existe un hecho; pero éste carece de individualización precisa (interno, externo, definido, indefinido, etc.)<sup>25</sup>. Esto puede observarse en las obras de algunos autores franceses clásicos que entienden que la causa extraña (art. 1147, **Code Civil**), entremezclada con el caso fortuito y la fuerza mayor, puede reconducirse a la falta de culpa<sup>26</sup>. Por tanto, bajo esta luz, absolutamente **equivocada**, donde termina la culpa comienza el caso fortuito<sup>27</sup>.

5. La falta de culpa (o no culpa) **como falso tercer género entre la culpa y el casus** no es límite en la responsabilidad contractual, de donde no puede oponerse al **casus**. Puede tener significado, en el terreno de la responsabilidad, hablar de no culpa (elemento subjetivo) para evitar la imposibilidad de pago (elemento objetivo) –ambos términos de consuno conforman el límite del responder para todas las obligaciones y para cualquier forma de incumplimiento–. Al margen,

---

<sup>25</sup> Del Olmo, ob. cit., ps. 34 y 35; Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit., p. 290, texto y nota n° 33.

<sup>26</sup> Tunc, André, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, p. 235 y ss.; Esmein, Paul, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, p. 627 y ss.; Carbonnier, Jean, *Les obligations*, IV, *Themis*, Paris, 1995, p.270 y ss.-. Comp. D' Amico, ob. cit., p. 29, cuando expresa que habría que evidenciar el hecho-causa en negativo mediante la prueba de que el incumplimiento no fue ocasionado por culpa del deudor en la causa no imputable del art.1218, Código italiano 1942, mientras que el caso fortuito –que remite al **receptum**–, importa demostrar un hecho positivo, individualizado, más allá de su imputabilidad, razón por la cual en este caso está muy claro que el deudor cargaría con las causas ignotas si prueba la diligencia pero no el origen del hecho-causa (cosa que para alguna particular opinión podría ser distinta en las obligaciones de medios- D' Amico, *ibidem*, ps. 36, 76 y ss. y 210 y 211).

<sup>27</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico), cit., p 201.

la diligencia prestable es significativa como elemento del cumplimiento (o criterio de determinación del contenido de la obligación) para conformar el pago en las obligaciones de medios, aunque esta figura no puede relacionarse comparativamente con el **casus**: la primera opera en el plano de la deuda, la segunda en el de la responsabilidad.

Hay más argumentos (en realidad, inagotables). El caso fortuito es un hecho externo (sin duda). En la no culpa se advierte con mayor nitidez eso de probar la diligencia sin necesidad de hacer evidente de forma acabada un hecho particularizado –por lo menos en la no culpa pura (acaso un entresijo, pues hay quien predica que todas las causas no identificadas deben cargarse a la cuenta del deudor)–<sup>28</sup>. Pero, reitero, en la no culpa hay causalidad, aunque más no fuera que presunta.

La no culpa, en los ordenamientos del derecho comparado y en el Código Civil de 1869, tiene en general un significado, como dije, en los casos de presunciones de culpa que existen en la responsabilidad extracontractual, aunque también en este caso hay que poner indicios para que advenga la presunción.

Cierta doctrina acepta que existe el **tertium quid** de la no culpa entre la culpa y el **casus** –otros dicen que la no culpa coincide con el **casus**–. No me voy a detener en los detalles que trasuntan todas las posturas doctrinales, pero sí diré que en nuestro medio algunos autores refieren la autónoma ausencia de culpa (**tertium quid**) a las obligaciones de medios y de resultado, pues dicen que en aquéllas el pago es la diligencia (no culpa)<sup>29</sup>. Esto entraña un error, pues la diligencia (no culpa) que se ubica entre la culpa y el caso fortuito es pago, mientras que la culpa y el caso fortuito se relacionan con

<sup>28</sup> Anelli, F., Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore, Giuffrè, Milano, 1990, p. 151 y siguientes.

<sup>29</sup> Salas, Acdeel, Caso fortuito y ausencia de culpa, Juris, t. 15, p. 369; Bustamante Alsina, Jorge., Prueba de la culpa, LL, 99. p. 892; Trigo Represas, Félix A., Dueño y guardián en la responsabilidad por daños causados a los automotores, LL, 1981- A- 694 -cap. II.

el límite de responsabilidad a consecuencia de que no se pagó. No pueden, entonces, mezclarse instituciones que carecen de la misma esencia. También es inexacto que el **casus** comienza donde termina la culpa, reitero una vez más (**infra**, acápite 6).

He señalado que la no culpa por sí sola no tiene relevancia en la responsabilidad contractual para exonerar al deudor. Sin embargo, existen teorías, sobre todo en el derecho comparado, que fundan el deber de reparar del deudor en la idea de culpa, razón por la cual, en tal caso, avizoran el límite de responsabilidad en la falta de culpa –sin perjuicio de que, autónomamente, la imposibilidad de pago extinga la obligación–<sup>30</sup>. En general se admite que el incumplimiento objetivo es suficiente para poner en marcha la ejecución forzosa en especie o por equivalente, la resolución de contrato y la excepción de contrato no cumplido, pero cuando se trata el asunto de la responsabilidad se dice que el incumplimiento –que ha de causar daño– debe ser subjetivamente imputable al deudor (normalmente el factor de atribución será la culpa pero a veces puede ser objetivo). Estos criterios separan la responsabilidad de la imposibilidad de pago que sólo viene a ser idónea para extinguir la obligación. Esta es la teoría del **impedimento evitable** o del **incumplimiento imputable** –según una clasificación efectuada por Adolfo Di Majo con respecto a las posturas que explican el fundamento de la responsabilidad–<sup>31</sup>.

Está muy claro que esto no debe generar confusiones cuando se examina la diligencia (no culpa) como elemento (extremo) del cumplimiento exacto en las obligaciones de medios, pues en tal caso hay pago, vale decir, cumplimiento –que extingue la obligación (la responsabilidad no nace)– y no incumplimiento material que exija recurrir al límite para exonerar de responsabilidad al **solvens**<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Díez- Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1993. cit., p. 608; Del Olmo, ob. cit., p. 55 y 56; Pantaleón Prieto, Fernando, El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate), Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 1019 y siguientes.

<sup>31</sup> La responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 1997, 37 y siguientes.

<sup>32</sup> Distaso, Nicola, Le obbligazioni in generale, UTET, Torino, 1970, p. 340; Bueres, Alberto J., Culpa

Sobre el particular, el art. 1625 del Proyecto de Código Único de 1987, relativo a la actividad de los profesionales liberales, ha expresado que "...Si se suscitare controversia queda a cargo del profesional probar que obró sin culpa en los términos del art. 514...". Pero es indudable que en este caso no hay una presunción de responsabilidad subjetiva, que quedaría desvirtuada con la demostración de la falta de culpa (límite), sino una presunción de incumplimiento (mera situación interina) susceptible de ser vencida por la demostración de la diligencia del deudor que, en el caso, es pago y no límite de responsabilidad<sup>33</sup>. El art. 514, ap. 2º del mencionado Proyecto consagró la falta de culpa al estatuir que hay incumplimiento sin culpa cuando el deudor acredita que para cumplir debió emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación. Pero, en realidad, no hay incumplimiento sin culpa, sino, en todo caso, incumplimiento (provisional) determinado por la culpa **presumida** en las obligaciones de medios (y si el deudor demuestra que pagó hay cumplimiento y no incumplimiento de ninguna índole). Además, si hay no culpa para justificar el incumplimiento, ésta es límite de responsabilidad y no criterio de determinación del contenido de la relación obligatoria, cosa que pudo intentarse introducir en el art. 514 del Proyecto de 1987 (**dos límites**), pero que no existe en el ordenamiento argentino actual, ni en el anterior a la sanción del Código de 2015 (y que resultaría un retroceso si existiera). Por lo demás, esa no culpa captada singularmente es un absurdo, pues ella está dirigida a evitar la imposibilidad –único límite– y, en tal caso, hay extinción de la obligación y no resulta posible hablar de incumplimiento sin culpa o con culpa (esto se conecta a las diversas variantes que existen a la hora de afirmar, incorrectamente, que hay incumplimiento imputable e incumplimiento no imputable. El Proyecto de 1987 contenía la siguiente fórmula: "Cuando de lo convenido o de las circunstancias resultare

---

y riesgo, Creación de riesgo- I, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. 3, p. 47 y 48.

<sup>33</sup> Bueres, El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, cit., p. 112; Díez- Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias, cit., ps. 607 y 608.

que el deudor afianzó un resultado, únicamente podrá eximirse de responsabilidad demostrando la incidencia de una causa ajena” (art. 1625, parte segunda). Esto también configura un desacierto, pues en las obligaciones de medios (cuando no se prometió un objetivo final), también el límite de responsabilidad es la causa ajena. La no culpa no sirve para esta función –excepto que sólo se la capte de forma fragmentaria como criterio de imputación de la imposibilidad de pago–. En rigor, en las obligaciones de medios el deudor podrá cuestionar la negligencia que intenta hacer patente el acreedor y si logra evidenciar su diligencia esto será pago (o cumplimiento) y no límite de responsabilidad.

Por lo que respecta al Código Civil y Comercial de 2015, el art. 1724, concerniente a la responsabilidad objetiva, refiere que “Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Esto reafirma la consagración del distingo medios y resultado en el Código mencionado, pero no me parece exacto, si se parte de la idea de que la responsabilidad se funda en **el incumplimiento a secas**, omitir que en las obligaciones de medios la responsabilidad es objetiva pues dicho incumplimiento no necesita un factor de atribución para adjudicar el deber de reparar del deudor; en estos casos la diligencia es criterio de determinación del contenido de la obligación y, por tanto, sólo se conecta con el cumplimiento (pago), pero no con la responsabilidad que se excluye sólo con la imposibilidad de pago no imputable (la culpa sólo y a veces es criterio de imputación de la susodicha imposibilidad pero no de la responsabilidad).

Es más: resulta común la afirmación de que en las obligaciones de medios, incumplimiento y culpa coinciden<sup>34</sup>. No obstante, estimo que es acertada la objeción de Mengoni, acerca de que dicha afirmación es un tanto equívoca, pues podría hacer creer que el criterio de

---

<sup>34</sup> Inclusive, esto lo afirma el propio Osti; *Revisione critica della teoria sulla impossibilita della prestazi-one, cit., p. 423.*



la diligencia/ negligencia es suficiente para establecer (fijar) el hecho del incumplimiento, sin posibilidad de acudir al **casus** a los fines de resarcir los daños (algo similar a lo que sostuvieron algunos autores germanos como Fischer y Bernhorf). Por el contrario, hay que poner cuidado en la concreta posibilidad de cumplir la prestación sobre la base de dicho criterio (el de la diligencia). Podría suceder que el comportamiento concreto del deudor no se corresponda con todos los requisitos del comportamiento debido en razón de que sin culpa del deudor el susodicho comportamiento debido ha resultado imposible. En tal caso, no existe incumplimiento (negligencia), sino caso fortuito. Esto demuestra, más allá de todo, que en el ámbito de las obligaciones de medios, la ausencia de culpa no implica necesariamente el cumplimiento. Sólo con estas precisiones, la manifestación de Osti es aceptable, en el sentido de que, donde el deber de prestación primario esté limitado a los actos correspondientes al buen padre de familia no pueden verificarse las hipótesis de las obligaciones de resultado, en las cuales el cumplimiento requiere un esfuerzo superior a la citada diligencia ordinaria (vale decir, las hipótesis de impotencia excusable). En definitiva, que en las obligaciones de medios aparezca la diligencia para obtener un fin, no significa que promedie una diferencia con las obligaciones de resultado en punto al fundamento de la responsabilidad, sino que hay un matiz de diferencia en las dos categorías en torno a la determinación de los extremos del incumplimiento (el límite es invariable)<sup>35</sup>.

Esta perplejidad se advierte en las múltiples opiniones de los autores italianos acerca de **la causa no imputable** mencionada en el art. 1218, Cód. it. 1942, que contiene la regla general de responsabilidad y el límite para exonerar al deudor –con independencia de que la **fattispecie** se complete con otras normas, cuya elección y alcances también son polémicos–.

---

<sup>35</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit., ps. 312 y 313.

La interpretación de los principios mencionados en el párrafo que antecede, resulta de suma importancia para analizar las normas atinentes del Código Civil y Comercial de 2015, pues éste consagra un sistema análogo al que existe en Italia –de acuerdo con la corriente de opinión que parece ir alcanzando hegemonía en dicho país–. Este es el sistema que siempre he defendido en el marco del Código Civil de 1869 y que ahora de un modo diáfano se encuentra disciplinado por su susodicho Código de 2015 (el art. 1218, Código italiano 1942, citado, indica que “El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño (art. 1223 y ss.), si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por una imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable”).

6. Los aspectos terminológicos que se utilizan en oportunidades han sido objeto de críticas. Por ejemplo, los Mazeaud prefirieron reemplazar las denominaciones de Demogue, obligaciones de resultado y obligaciones de medios, por obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia<sup>36</sup>. Mengoni dice que esta última terminología es peor que la anterior. Por de pronto, hablar de obligaciones determinadas es poco feliz, pues toda obligación tiene un objeto determinado o determinable<sup>37</sup>. Más problemático es aludir a las obligaciones generales de prudencia y diligencia, pues los vocablos pueden engendrar confusiones con el **alterum non laedere** que es un deber general de abstención de dañar que pesa sobre todos los miembros de la comunidad (se trata de un deber, como afirma Santi Romano, que no confiere al potencial titular derecho subjetivo alguno)<sup>38</sup>. Además, el propio Mengoni, al igual que Emilio Betti, opina que es más correcto hablar de obligaciones de comportamiento que de obligaciones de medios, si se tiene en consideración

<sup>36</sup> Mazeaud, Henri, *Essai de classification des obligations contractuelles et extra-contractuelles*; “obligations déterminées” et “obligation générale de prudente et diligence”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, p. 1 y ss. y p. 29.

<sup>37</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit., p. 186 y siguientes.

<sup>38</sup> Bueres, *El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?*, cit., p.797, texto y nota n° 185.

que los medios ya entrañan un resultado orientado hacia una precisa dirección<sup>39</sup>. Contrapuestamente, si se habla de obligaciones de resultado podría imaginarse –como alguien desacertadamente lo hizo– que hay obligaciones de simple conducta en sí y por sí considerada sin resultado alguno (la hipótesis de **no recevoir** que aduce Esmein).

Demogue no pareció muy interesado por el léxico en singular o plural (deber de medio o de medios), aunque la doctrina señala que es más apropiado hablar de medios, puesto que el autor entendió por tal, el complejo, potencialmente abierto, de las medidas técnicas idóneas para llegar al objetivo primario. Por otro lado, pienso yo, con aludir al comportamiento no se avanza mucho, pues toda obligación supone una conducta (comportamiento) del deudor.

De ahí que con las precisiones indicadas puede aceptarse la terminología de los medios y del resultado (aunque si de modo circunstancial se identifica una categoría de las obligaciones en cuestión con otros vocablos, no parece asunto de gran trascendencia).

Es interesante dejar sentado que el resultado típico que desea el acreedor (el último), puede estar acompañado por otros fines o resultados ulteriores (por ejemplo, en el transporte el acreedor puede prever el resultado típico debido por su deudor, consistente en ser trasladado a un lugar incólume y con puntualidad). Pero este resultado típico, a su vez, puede haberse concretado en vista de otro resultado ulterior no debido por el deudor (la conclusión de un negocio en el lugar de destino). Está muy claro que todos los fines o resultados no incluidos **in obligatione** no son considerados para verificar el cumplimiento. De todas maneras, la falta de relevancia de los resultados atípicos que están fuera de la prestación no significa que el transportado que arribó tarde al lugar de destino por razones imputables al transportador, no pueda reclamar a éste los perjuicios que pruebe haber sufrido<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Mengoni, *ibidem*, p. 187 y siguientes.

<sup>40</sup> Jordano Fraga, Francisco, Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de una jurisprudencia reciente), Anuario de Derecho Civil, enero-marzo, MCMXCI, tomo XLIV, fascículo I, ps. 16 y 17.

He dicho que la evolución del distingo tiene una larga historia romana, germana, italiana y francesa. Pero resulta destacable señalar que Demogue habló por primera vez de obligaciones de medios y de resultado, hizo una sistematización ordenada de su teoría y le dio difusión.

En cuanto al pensamiento de este ilustre jurista, él consideró que en las obligaciones de resultado la evidencia del incumplimiento engendra una presunción de culpa del deudor (**faute présumée**), sólo superable mediante la fuerza mayor; en dirección diversa, en las obligaciones de medios, en las cuales compete al acreedor demostrar la falta de diligencia (**faute prouvée**), no obstante el deudor puede, a su vez, probar que no le ha sido posible adoptar las precauciones para evitar la negligencia en que incurrió **prima facie**<sup>41</sup>.

En un esfuerzo de síntesis puedo apuntar que la posición de Demogue presenta las siguientes características: a) En principio la teoría fue instaurada para determinar el régimen de la carga de la prueba de la culpa; b) Dicha teoría se sustentó en la idea de culpa. Pero cabe notar que la única culpa que existe es **la culpa-negligencia** –que es elemento del contenido de la obligación de medios–. La culpa, que se predica mal de la obligación de resultado, es una culpa objetiva, una **contradictio in terminis**, ajena a todo tipo de valoración; en suma un paralogismo, un sofisma, una mentira jurídica; c) La clasificación, a diferencia de la que proponen Fischer, Bernhorf, Giovene y los Mazeaud, tiene el mérito de atisbar una suerte de causa no imputable en las obligaciones de medios para que el deudor, que incumplió, pueda justificar por qué no pudo ser diligente (en cualquier supuesto esa causa no imputable, indefinida, incompleta y connotada de matices subjetivos no configura el límite de responsabilidad que hoy se tiene en cuenta de forma mayoritaria)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Demogue, René, *Traité des obligations en general. Sources des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, t. VI, n° 599.

<sup>42</sup> Demogue, ob. cit., II, t. VI, n° 599, p. 644. Comp. arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial de 2015 y arts. 1218, Código Civil italiano.

Frossard refiere que para salvar la teoría de la culpa, si la fuerza mayor es sólo liberatoria, ello se debe a que se trata del único medio para establecer la inexistencia de culpa<sup>43</sup>. La apreciación es sin duda errada, puesto que el **casus** no comienza donde termina la culpa, sino donde termina la obligación, debido a que sí ésta (la obligación) no se extingue por el **casus** subsiste el **incumplimiento** por el fenómeno de la **perpetuatio obligationis**<sup>44</sup>; d) La clasificación de Demogue pretendió erigirse en una **summa divisio (binaria)**, que reemplazase el criterio de que las obligaciones (todas) derivan del contrato y de la ley (según las fuentes de las Institutas de Gayo), por el significado de obligaciones de medios y de resultado. Por tanto, el régimen de la prueba de la culpa, esencialmente, cuando menos para Demogue, resultaría aplicable sin distingo a las responsabilidades contractual y extracontractual<sup>45</sup>; e) Es importante que Demogue haya revalorizado la obligación de medios, que en muchos momentos de la historia estuvo oscurecida, como ya he señalado; f) Por otro lado, la aparente rigidez del distingo que en principio insinúa Demogue para signar el régimen de la carga de la prueba, no fue categórica, pues el autor admitió casos de obligaciones de medios en los cuales se presume el incumplimiento por falta de diligencia, siendo a cargo del sindicado como responsable dar la prueba para su liberación<sup>46</sup>. Demogue afirmó sobre el respecto que **“Le patron doit prendre toutes les mesures propres à sauvegarder la santé et la vie de l’ouvrier; ce n’est bien qu’une obligations de moyens. La preuve pèsara néanmoins sur le patron. Si un accident arrive, c’est probablement que toutes les mesures n’ont pas été prises et le patron doit être en faite présumé avoir manqué a ses devoirs”**<sup>47</sup>. Tocante a ello, Frossard

<sup>43</sup> Frossard, Joseph, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, p. 6.

<sup>44</sup> Mengoni, Obligationi “di risultato” e “Obligationi di mezzi” (Studio critico), cit., p. 201.

<sup>45</sup> Demogue, ob. cit., t. V, nro. 1237, p. 542 y siguientes.

<sup>46</sup> T. V, n° 1236 y 1237, ps. 540 y 541 —con cita de Sauzet—.

<sup>47</sup> Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 499 a 501; y El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, cit. ps. 104 y 105.

ha expresado que Demogue incurrió en ciertas contradicciones, que reconducen al intérprete a quedar encerrado en un ciclo de incertidumbres, dado que una tesis desmentida por el propio autor suscita un cierto grado de escepticismo. Además, apunta que la clasificación tiene una utilidad ilusoria en torno a la carga de la prueba<sup>48</sup>.

Por otra parte, Paul Esmein, en 1933, propuso por lo menos cuatro situaciones en torno al **onus probandi**, desde una mira subjetivista, a saber: a) el actor tiene que probar la culpa del demandado, b) la culpa se presume y el demandado debe probar su diligencia, c) el demandado, demostrado el incumplimiento, ha de hacer evidente la **cause étrangère** y, en fin, d) el demandado, ante la falta de cumplimiento, responde a pesar de que se haya producido un evento fortuito<sup>49</sup>.

7. Según mi parecer y para establecer conclusiones, diré que la contraposición de las dos clases de obligaciones se establece por su objeto, por la diversa manera de definir el contenido de la prestación —lo debido por el deudor y, por lo mismo, lo que puede exigir el acreedor en vista de los alcances de su derecho—<sup>50</sup>.

Mengoni dice que el distingo se evidencia a partir de la inclusión (o no inclusión) en la prestación del deudor del logro de un interés primario esperado por el acreedor, que subyace en la constitución del vínculo jurídico. Cuando se incluye hay una obligación de resultado, cuando no se incluye existe una obligación de medios (**técnico-profesional** o **común**), en cuyo caso el resultado final no se integra en el contenido de la prestación<sup>51</sup>. Siempre se ha dicho que el acreedor aspira a un resultado. En ciertas ocasiones, éste es un **opus** debido, una concreta alteración de la realidad física o jurídica preexistente (obligación de resultado), en tanto que en otros supuestos es una actividad

<sup>48</sup> Frossard, *ibidem*, p. 103 y 104.

<sup>49</sup> Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, cit., nros. 19 a 21.

<sup>50</sup> Jordano Fraga, Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente), cit., p. 6 y 7.

<sup>51</sup> Mengoni, Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi (Studio critico), p.188 y siguientes.

diligente idónea para la obtención del resultado, pretendido **pero no afianzado** (obligación de medios)<sup>52</sup>. No es concebible una obligación sin resultado, sin defecto de los alcances de éste, pues nadie se obliga a desplegar tan sólo una diligencia abstracta simplemente<sup>53</sup>.

En otras ocasiones, he señalado que el objeto de la obligación es un programa (o plan) de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En general, se piensa que en las obligaciones de medios el interés del acreedor (vale decir, el resultado último) no está **in obligatione** o que se trata de un resultado no debido –un **no recevoir**, como indica Esmein–. En rigor, yo creo que el resultado no es afianzado, pero se encuentra dentro del objeto, en algún lugar del objeto, cuando menos a efectos de cualificar la diligencia (o negligencia) si tal resultado no se logra. Hago notar que la actividad del deudor no debe consistir en un simple empeño (**un facere quantum possum**), sino en una actividad esforzada que entrañe una adecuación al fin que debe realizar. De ahí que bien pudo Mengoni conglutinar los medios y el fin (no afianzado) como factores integrantes del objeto, pero el autor no se atrevió a dar un salto al vacío (y prefirió dejar fuera de dicho elemento de la obligación el resultado último). Es más, yo estimo que el deudor está obligado de manera efectiva a ejecutar la prestación, pues el incumplimiento total, parcial o moroso lo hace responsable si no demuestra el **casus** (la actividad diligente en estos supuestos, aunque exista, no se tiene en cuenta). Y, asimismo, en el objeto del deber de medios hay una alternativa para que se actúe el contenido de la obligación: o hay diligencia prestable para obtener un resultado que se frustra o el resultado se obtiene (**aspecto éste que parece olvidado por la doctrina**). Y en ambos casos la obligación se cumple<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Mengoni, Luigi, *L'oggetto della obbligazione*, Ius, 1952, p. 156 y ss., y *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di mezzi* (Studio critico), cit., p. 190 y siguientes.

<sup>53</sup> Bueres, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 109, texto y nota n° 41.

<sup>54</sup> Bueres, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 109, texto y nota n° 41.

8. Giovanni D'Amico, en una excelente obra sobre las obligaciones de medios y de resultado y los supuestos del **receptum**, refiere que la susodicha clasificación no tiene un valor simplemente descriptivo o clasificatorio (según la intensidad del vínculo o de las culpas –esto último atañe a quienes desacertadamente distinguen entre la culpa objetiva, que es una mentirosa ficción, como dije, y la culpa negligencia–. Según el autor, el distingo tiene el rango de fundamento de **un doble régimen** de responsabilidad por incumplimiento (que, por añadidura, lo distancia de los sistemas **unitarios** inherentes al susodicho fundamento<sup>55</sup>.

D'Amico, con acierto, admite que hay un límite de responsabilidad para todas las obligaciones, de medios y de resultado: la imposibilidad de pago no imputable. No obstante, las diferencias entre cada tipo de obligación dimanar de dos premisas conectadas entre sí, a saber: las obligaciones de medios tienen por fundamento la culpa y determinan la existencia de una responsabilidad subjetiva, en tanto que las obligaciones de resultado apuntan a un fin concreto y generan responsabilidad objetiva<sup>56</sup>.

He sostenido este punto de vista desde 1983 (que D'Amico defiende en su obra de 1999) y que tuvo bastantes adhesiones. Pero sin dejar de reconocer que se trata de una opción de justicia aceptable, la lectura de nuevas obras y de otras antiguas antes no valoradas en su real dimensión (y en sus enseñanzas), me han llevado hace algunos años a cambiar estas ideas por otras que, por un lado, se concilian en mejor medida con el fundamento y el límite de la responsabilidad contractual y, por otro lado (y **aunque sea circunstancial**), se ajustan en un todo, prácticamente, a la disciplina que informa el nuevo Código Civil y Comercial de 2015, fuertemente influido por los principios del Código italiano de 1942 –ya he de retornar sobre esto–<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> D'Amico, ob. cit, p. 210 a 213.

<sup>56</sup> *Ibidem*, ps. 212 y 213.

<sup>57</sup> Frossard también habló de responsabilidad subjetiva y objetiva –pero sin proporcionar mayores detalles sobre el punto–, ob. cit, p. 6 y siguientes.



La segunda premisa relacionada con la anterior, según D'Amico, estriba en que habría una diversidad en las reglas de la carga de la prueba, que no se agota en el terreno procesal, sino que justifica desde el punto de vista sustantivo el fundamento subjetivo y objetivo (que defiende el autor). Dichas reglas regulan el riesgo que pesa sobre cada parte por lo que respecta a tener que afrontar las causas ignotas. En la obligación de resultado, evidenciado éste, ha de ser el deudor quien debe correr con la carga de probar la causa extraña no imputable que hizo imposible la prestación (el deudor lleva el riesgo de afrontar las causas ignotas). En cambio, en las obligaciones de medios, cuando menos si el deudor, anticipándose, ha logrado demostrar la prueba de su propia diligencia, gravará sobre el acreedor la carga de probar, sufriendo el riesgo de las causas ignotas, que el operar de impedimentos sobrevenidos que frustraron el resultado pudieron ser previstos o evitados por el deudor, razón por la cual dichos impedimentos, en realidad, no representaron en el caso una verdadera y propia imposibilidad de pago idónea para excluir la responsabilidad del deudor<sup>58</sup>. ¿Qué sucede si el deudor (el paciente del médico) probó la culpa del profesional? Es evidente que al médico que incumplió sólo le queda la posibilidad de probar la imposibilidad de pago no imputable (con lo cual se desvanece de algún modo la hipótesis literal de D'Amico). Por ende, el médico, deudor, igualmente cargará con las causas ignotas pero por otras razones.

Comoquiera que sea, el fundamento de la responsabilidad contractual no está consagrado por las imputaciones de responsabilidad ni por los riesgos probatorios.

9. Enrico Carbone defiende una postura particular que, a mi modo de ver, está alejada del enfoque correcto del tema.

Por de pronto, el autor refiere que la fuerza mayor constituye un estándar y que los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad del

---

<sup>58</sup> D'Amico, ob. cit., ps. 152 y 153.

suceso-causa no reclaman, necesariamente, la exigencia de exterioridad –requisito para mí inatacable– (el jurista citado sigue a la letra a un autor francés, Antommatei, que publicó su tesis doctoral sobre estas cuestiones y, en los hechos, reproduce “la causa no imputable” del art. 1218 del Código Italiano del 42, que es la no culpa pura y que puede ser un hecho definido, indefinido, interno, externo –un **qualcosa** como se dijo–, criterio que apoya sin reservas Messineo, entre otros). La idea concuerda con una decisión de la Corte de Casación Francesa en el affaire “Mittenaire”, en el que sostuvo que la enfermedad grave del proveedor de máquinas es un caso fortuito interno<sup>59</sup>.

Al margen de ello, Carbone distingue la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado a base de dos conceptos distintos de caso fortuito. Bajo esta luz, en una obligación de medios, frente al incumplimiento, la ausencia de culpa es necesaria para evitar el suceso impeditivo. En lugar de ello, en una obligación de resultado infringida, el suceso impeditivo ha de imputarse al deudor objetivamente, quiere decir sin necesidad de que se haga patente que no hubo culpa alguna de su parte. Es dudoso que para integrar el aludido caso fortuito en las obligaciones de medios, pese a una alusión que hace el autor a la imposibilidad de pago como elemento para conformar el supuesto jurídico –en este tipo de deberes y en los de resultado–, dicha imposibilidad sea necesaria (para él), pues acepta que el estado de necesidad torna inexigible la prestación en las obligaciones de medios (cosa que no acepta para liberar al deudor en los deberes de resultado –donde imagina un **casus** objetivo, como ya he expuesto–)<sup>60</sup>.

Ciertamente, Carbone estima que en las obligaciones de medios el deudor sólo debe diligencia y que ésta se satisface si dicho sujeto actuó en estado de necesidad (el caso del depositario de una estatua que encuentra a su enemigo en el camino y para evitar que éste lo mate golpea al agresor y destruye el objeto). Pero es del caso que

<sup>59</sup> Antommatei, Paul- Henri, Contribution à l'étude de la force majeure, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 84; Carbone, ob. cit., p. 109 a 111.

<sup>60</sup> Carbone, ob. cit., ps. 111 a 114.

si el deudor atacado rompió la cosa depositada no puede pagar con la restitución al acreedor. Luego, para exonerarse de responsabilidad únicamente puede probar la imposibilidad de pago no imputable, dado que no le basta con aducir un estado de necesidad –pese a que no sea imputable–<sup>61</sup>.

Aparte, Carbone confunde la diligencia para el pago de una obligación de medios y la diligencia que integra la **fattispecie** extintiva y liberatoria –vale decir, la diligencia como control para evitar sucesos externos que ocasionen la imposibilidad de pago– (un error común).

La clasificación que examino plantea un problema dilemático: a) Dicha clasificación tiene una relevancia limitada al modo de ser de las prestaciones (diligencia y objetivo prefijado); o b) por este conducto se pone en duda la **unidad del concepto de obligación (en general)**, de forma tal que en los dos tipos de obligaciones existiría una diversa disciplina acerca del fundamento de la responsabilidad y sus límites (ya me he referido a las posiciones en que se alinean D’Amico, Carbone, Frossard –de modo menos explícito– y otros autores, que propician la idea de **summa divisio**, que rechazo, con variantes lógicas).

La postura binaria también fue cimentada por Fischer (H. A.) –1889–. Para este autor, en una obligación de resultado insatisfecha sólo libera el caso fortuito, mientras que en una obligación de medios, al no estar implicado el resultado **in obligatione**, el límite de responsabilidad es la no culpa, pues todo lo que debe prestar el deudor es una masa de esfuerzo mensurado con arreglo a su capacidad

<sup>61</sup> Bueres, Alberto J., El estado de necesidad y la responsabilidad contractual, Edición homenaje. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho de las obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los contratos, UNL, FCJS, Santa Fe, 2005, p. 85 y ss. En sentido concordante: Cabella Pisu, Luciana, Dell’impossibilità sopravvenuta. Commentario del Codice Civile Scialoja- Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro cuarto. Obbligazioni, artt. 1463- 1466, Zanichelli Editore Bologna- Soc. Ed. del Foro Italiano Roma, 2002, p. 49 y ss.; Rescigno, Pietro, Caso fortuito, causa non imputabile e diligenza –arts., 1839, 1218 y 1176, Banca e Borsa, 1951- II- 388 y ss.; Cottino, Gastone, L’impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Giuffrè, Milano, 1955, p 239 y ss.; Franzoni, Mario, Illecito, Giuffrè, Milano, 2004, ps. 1023 a 1025; Mengoni, Luigi, Irrelevanza dello statu di necessita in tema di responsabilità contrattuale, Banca e borsa, 1951- II- 361 y siguientes.

personal. Hay aquí, como ocurre de continuo, una mezcla indiscreta entre el pago (o cumplimiento) y el límite de responsabilidad (el deudor debe pagar con la diligencia prestable y si no pagó todavía puede invocar la imposibilidad de hacerlo, si custodió la prestación con la diligencia del caso). Comparte la postura del pandectista Fischer, en Italia, Acchille Giovene, quien dice que si en una obligación de medios hay cumplimiento defectuoso (culpa) sólo libera la no culpa, lo cual es un imposible fáctico, pues si hay culpa la no culpa no tiene cabida<sup>62</sup>.

10. Desde otra contemplación, hay autores como Mancini y Mengoni, que sin resignar en lo más mínimo la unidad de la obligación y la presencia de un límite único de responsabilidad, creen que hay dos nociones de culpa diligencia: una técnica, que se relaciona con la obligación de diligencia accesoria para custodiar (o conservar) la obligación principal –y poder cumplirla–<sup>63</sup>.

La obligación de custodia no es un deber extrínseco cuando promedia una imposibilidad de pago extintiva –como pensó Osti, cuando el estudio del tema no se encontraba tan desarrollado–, sino que integra la trama de deberes accesorios o secundarios relacionados con la prestación principal. De tal modo, se supera el concepto de obligación simple (el mero correlato crédito-deuda de la definición romana clásica) por el concepto de relación jurídica total, dotada de sentido, en el que penetra la prestación principal y otras posiciones jurídicas, entre las que se encuentra el deber de conservar la prestación. De ahí que pueda ser discutible la definición de obligación que incluye el Código Civil y Comercial de 2015 en el art. 724.

Junto a la diligencia técnica (la del buen padre de familia) hay otra diligencia, que es denominada impropia, referida al comporta-

---

<sup>62</sup> Impossibilita della prestazione e la “sopravvenienza”. La dottrina della clausola “rebus sic stantibus”, Cedam, Padova, 1941, p. 93.

<sup>63</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni de mezzi”* (Studio critico), cit., ps. 188 y ss. y 199 y ss.; Mancini, Federico, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, ps. 26 y ss., 68 y ss., y 92 a 96 en especial.

miento adecuado inherente a los profesionales liberales en general –para realizar el pago– (donde aparece la impericia de manera autónoma o como especie de la negligencia en sentido amplio –una larga discusión que tiene sus raíces en tiempos del derecho común–). La diligencia del buen padre de familia, separada de la diligencia **impropia**, implica hacer un esfuerzo para cumplir la obligación principal, pues aquella diligencia **técnica** constituye un medio de control (cuidar la cosa) para evitar la imposibilidad sobrevenida. En general y más allá de las inevitables precisiones de detalle, puedo decir que el deber de conservación es auxiliar y dependiente de la obligación principal (tiene una función servil, como expresó algún opinante) y podría perfilarse como un deber integrador instrumental derivado de la buena fe que se ubica en la relación marco –**rapporto di cornice**–. En definitiva, la imposibilidad de pago imputable al deudor (en virtud de una negligencia, por caso), no extingue la obligación principal, dado que ésta, en tales condiciones, se perpetúa. Por ende, el deudor no se libera de responsabilidad, puesto que persiste el incumplimiento, al continuar vigente la prestación principal, transformada en la **aestimatio rei** (contravalor dinerario), en ésta y unos daños adicionales o, en fin, si se entiende que la **aestimatio rei** no es precio sino daño, en una masa global de daños (la obligación de custodia, para algunos es una carga, para otros una obligación natural y para un grupo de opinantes un deber de protección, pero para mí –como insinué– es un auténtico deber jurídico subordinado al deber de prestación principal).

Génévieve Viney intenta subdividir las dos especies de deberes y clasifica las obligaciones de resultado en comunes y atenuadas. En estas últimas, la falta de resultado crearía una presunción de culpa del deudor<sup>64</sup>. El razonamiento es notablemente equivocado, pues la obligación de resultado nunca tiene por contenido la diligencia. En todo caso y si se quiere esbozar una subdivisión, innecesariamente,

<sup>64</sup> Viney, Geneviève, Les obligations. La responsabilité: conditions, Traité de Droit Civil (sous la direction de Jacques Ghestin), Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, ps. 639 y 640.

podría hablarse de obligaciones de medios reforzadas para distinguir las de las comunes, como lo hacen otros autores.

11. En resumidas cuentas, para mí el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento objetivo, a secas, **tout court**, en relación con la ejecución forzosa en especie o por equivalente; y también con respecto a los daños que tengan su génesis en la mencionada perturbación al plan de prestación. Este es un **criterio único (unitario)** que rige tanto para las obligaciones de medios como para las obligaciones de resultado.

Por tanto, siendo el incumplimiento a secas, objetivo, por sí solo, el sustento de la responsabilidad, no hay ninguna necesidad de acudir a un factor de atribución (o criterio de imputación) para cargar el incumplimiento a la cuenta del deudor, pues dicho factor de atribución, como dice Carlo Castronovo, resulta absolutamente superfluo dada la presencia y el elevado valor del vínculo jurídico, que existe en la responsabilidad contractual (obligación preexistente) y que no tiene lugar en la responsabilidad aquiliana<sup>65</sup>.

De ahí que es inadecuado afirmar que hay incumplimiento imputable e incumplimiento no imputable. Hay incumplimiento (que es fundamento de una responsabilidad objetiva). He sostenido hace algún tiempo esta tesis en varios trabajos, tras reflexionar sobre qué lugar podría ocupar el factor de atribución en el ámbito contractual, del cual me ha costado prescindir (aunque lo hice) por el peso de la tradición doctrinal. El talentoso Profesor Sebastián Picasso, tras analizar el punto comparte esta propuesta que he realizado, pero sin embargo y, tangencialmente, intenta aludir a un factor de atribución intrínseco

<sup>65</sup> Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, ps. 177 y 183 y siguientes. El autor precisa, en otro texto, que (**“Nelle obbligazioni c. d. di comportamento, poi, la colpa come mancanza di diligenza, lungi dall’essere criterio di imputazione della responsabilità, integra di per se l’inadempimento che, come tale, sempre secondo l’art. 1218, è fondamento unico e unitario della responsabilità...”**) (L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, *Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 153 y 154. Cfr. también: Di Majo, ob. cit., p. 9 y siguientes.

que, al cabo –y quede claro– no se independiza del incumplimiento **tout court**. Lo intrínseco y extrínseco (que acá no desempeñan ningún papel) confirma una diferencia entre las responsabilidades contractual y aquiliana, entre otras, que son un obstáculo para la **reductio ad unum** de ambas responsabilidades citadas (en este punto)<sup>66</sup>. Por mi lado, prefiero prescindir de toda idea de factor de atribución (extrínseco o intrínseco) para excluir sin discusiones el tema de las obligaciones de medios y de resultado de la etapa de la responsabilidad y, por consecuencia, para reafirmar su emplazamiento dentro del contenido de la obligación, en **la etapa de la deuda**.

A la vista de lo expuesto, el criterio de diferenciación entre las obligaciones de medios y de resultado se funda en el criterio de determinación del contenido de la obligación –en la intensidad del resultado (la diligencia es elemento o extremo del pago en las primeras, la modificación de la realidad material o económica lo es en las segundas)–.

No hay diferencia entre los dos tipos de deberes por lo que respecta al límite de responsabilidad, que en ambos casos es la imposibilidad de pago atribuible a la culpa del deudor o a un criterio de imputación objetivo de **la imposibilidad** –quede bien entendido– y **no del incumplimiento**, que no es imputable o no imputable –arts. 512, 902 y 888, Código Civil de 1869 y arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial de 2015–.

La diligencia desenvuelve su actuación en dos planos. Son dos esfuerzos: uno para pagar en las obligaciones de medios y otro para impedir que un suceso externo obstaculice la posibilidad de pagar en todas las obligaciones (de medios y de resultado).

La culpa del deudor en ambas funciones es una noción única, flexible, invariable y genérica (arts. 512 y 902, Código de 1869 y

<sup>66</sup> PICASSO, Sebastián, La culpa en la Responsabilidad Contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación, La Culpa – I, Revista de Derecho de Daños, 2009 – 1, p. 125, acápite “A”, punto “b”.

art. 1724, Código de 2015) –según esta convicción disiento radicalmente, en este aspecto puntual, de las ideas dualistas de Mengoni y Mancini y del concepto errado y casi despectivo que esos autores exteriorizan en torno al buen padre de familia–.

Bajo otra óptica, las estructuras de la obligación preexistente contractual y del **alterum non laedere** aquiliano impiden que las obligaciones de medios tengan vigencia en la responsabilidad extracontractual –como pensaron Demogue y los Mazeaud–. La obligación contractual preexistente da génesis a la ejecución forzosa (en especie o por equivalente), a la resolución del negocio, a la excepción de contrato no cumplido, etc., vicisitudes que no son imaginables en la esfera aquiliana. Aparte, la clasificación no tiene una gran trascendencia para determinar el régimen de la carga de la prueba.

Finalmente, la distinción establecida con el alcance mencionado, en ningún momento pone en peligro **la unidad del concepto de obligación** (no hay disimilitudes ontológicas en relación con las estructuras orgánica e institucional de la susodicha obligación<sup>67</sup>, que son iguales) –más allá de la intensidad del objeto–, ni tampoco y por lo dicho la susodicha distinción conmueve los principios que informan la responsabilidad contractual.

---

<sup>67</sup> Bueres, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 32 a 38.