

# RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL OBJETIVA

Por Alberto J. Bueres  
Profesor de Derecho Civil de la  
Universidad Nacional de Buenos Aires

*Acorde con la doctrina nacional mayoritaria, nuestro código civil ha recogido los factores atributivos de responsabilidad objetivas únicamente en el ámbito extracontractual. La idea de que la responsabilidad contractual también puede ser objetiva no es, por cierto, reciente en la doctrina comparada.*

*El Dr. Bueres, profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, se ocupa del tema en el artículo que a continuación presentamos. Su posición resulta novedosa, sobretudo por el enfoque que el autor brinda.*

*El lector encontrará interesante, sin duda, la reformulación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuya autoría se atribuye a Demogue.*

SUMARIO: I. El perfil subjetivista.- II. Un nuevo planteo de la cuestión.- III. La doctrina española y los intentos de suministrar una explicación coherente a la teoría tradicional.- IV. Obligaciones de medios y de resultado. Estado actual del asunto.- V. Reformulación del distingio entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.- VI. Recapitulación. Nuestro pensamiento definitivo. ¿Obligaciones subjetivas y objetivas?.- VII. Consideraciones conclusivas.

## I. EL PERFIL SUBJETIVISTA.

Tradicionalmente, la responsabilidad contractual se hizo reposar en la idea exclusiva de culpabilidad<sup>2</sup>. La doctrina sólo admitió, de forma asistemática, la introducción de una cuña en la responsabilidad subjetiva- o afirmada como subjetiva, pues, en verdad nunca fue tal-, por vía de la obligación de seguridad, aplicada al contrato de transporte, de espectáculos públicos, concertado entre un establecimiento sanitario y un paciente, etc.<sup>3</sup>. También la idea de responsabilidad negocial fue referida por un sector de la opinión a la responsabilidad del deudor por acto ajeno con fundamentos

\* Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Q. por entregarnos el presente artículo para su publicación.

<sup>1</sup> miembro de Número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado; Director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Económicas de la Universidad del Museo Social Argentino; Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal.

<sup>2</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, «Derecho de obligaciones», ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, ps. 196 y 197; Gaudemet, Eugene, «Teoría general de las obligaciones», ed. Porrúa S.A. México, 1974, p. 405 y siguientes.

<sup>3</sup> Viney, Genevieve, «Les obligations. La responsabilité: conditions», en «Traite de droit civil» dirigido por L. Ghestin, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, p. 629 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., «La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo», ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p. 117 y ss.- en especial - Bustamante Alsina, Jorge, «Teoría general de la responsabilidad civil», ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, n. 959 y ss., p. 338 y ss.; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos», ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, p. 32 y ss., en especial.

varios (p. ej.: la garantía o el riesgo)<sup>4</sup>. En fin se avizoraron responsabilidades objetivas en el dominio de los arts. 1118 y 1119 (referidos a los dueños de casa de hospedaje y establecimientos públicos, capitanes de buques y patrones de embarcaciones), cuyo colocamiento en el título de los actos ilícitos, extracontractuales es equivocado, ya que se trata de auténticos deberes contractuales<sup>5</sup>.

Sin embargo, reiteramos, la doctrina siguió suponiendo -salvo en estos escasos supuestos o en muy pocos otros - que la responsabilidad proveniente de un incumplimiento absoluto o relativo (moroso) tiene carácter subjetivo.

## II. UN NUEVO PLANTEO DE LA CUESTION.

a) La insuficiencia del criterio enunciado, sus contradicciones y su falta de realidad, nos movieron hace algún tiempo a propiciar una postura diferente<sup>6</sup>.

A partir de la admisión de las obligaciones de medios y de resultado como categoría válida, advertimos que en las últimas (en las de resultado) la prueba del incumplimiento por el acreedor descarta la culpa del solvens, la deja fuera de cuestión -ya que dicha culpa no juega ningún rol en la especie-. Por tanto, el susodicho deudor únicamente podrá eximirse de responsabilidad, probando el caso fortuito en sentido amplio. Esa actitud de descarte del elemento subjetivo (culpa) importa considerar que en estos casos el criterio legal de imputación es objetivo.

b) La opinión doctrinal entendió dogmáticamente desde antiguo y aún perdura la idea, que probado el incumplimiento del deber -o afirmada la existencia de la infracción- se generaba una presunción de culpa.

¿Qué tipo de presunción legal sería ésta? Es de una claridad meridiana que esa presunción no podría ser *juris tantum* (o relativa), puesto que al deudor le está vedado probar la no culpa. Tampoco es admisible que estemos frente a una presunción *juris et de jure* (o absoluta), dado que si el mero incumplimiento pusiera en marcha esa presunción

inexcusable, automáticamente, no sería factible luego demostrar la causa ajena -en tanto ésta resultaría inconciliable con aquella apriorística confirmación de autoría vestida con el ropaje de la ilicitud objetiva y de la culpabilidad-. En última instancia, estaríamos ante una imputación legal de culpa.

c) En otras parcelas del derecho de daños se suscitó esta cuestión y lentamente fue decidida con arreglo a los parámetros que nosotros sugerimos. Por ejemplo, cierta doctrina anacrónica - superada por su insuficiencia la teoría de la presunción *juris tantum* de culpa en la elección o en la vigilancia, o en ambas fusionadas (Lafaille, Acuña Anzorena)-, debió aceptar la realidad de una responsabilidad irrefragable del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 parág 1), y recurrió a la noción de culpa objetiva u objetivada impuesta por razones de política legislativa e interés social, en el afán de no renunciar a los postulados subjetivistas -y de mantener el pernicioso esquema racionalista-. La falta de lógica que supone la aceptación de una culpa invencible, en la medida en que no se permite al deudor demostrar que no es culpable, condujo a la *communis opinio* a considerar que la responsabilidad refleja o propagada del principal es objetiva y se sostiene en la garantía legal, en el riesgo o en otros criterios de este raigambre.

d) La dilucidación del problema se tornó más dificultosa en las hipótesis de infracciones contractuales, fundamentalmente, ubicadas en el sector del hecho propio. Existe una larga tradición que, cuando menos hasta hace poco tiempo, pareció no permitir que se dejara de lado la subjetividad del deber de responder del deudor.

De todos modos, decíamos antes de ahora que hay que acabar con las irrealidades, con los dogmas estancos, y creemos que en estos momentos esas irrealidades y esos dogmas estancos están en franca vía de desaparición. Si, en efecto, estamos todos de acuerdo en que si se prueba la exigibilidad del deber no cabe al deudor la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa, la responsabilidad será objetiva, pues sólo interesa la conducta eficaz, con prescindencia de que el sujeto haya obrado con culpa o sin ella. Por cierto que al no tener existencia la responsabilidad por el resultado (o por la mera

<sup>4</sup> No obstante, un caracterizado grupo de opinantes mantiene con firmeza la posición subjetiva (véase el análisis que realizamos sobre el estado de las cuestiones, en «*Responsabilidad civil de los médicos*», ed. Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 151 y ss.). últimamente, la teoría subjetivista recibió la adhesión de Ferrán Badosa Coll, en su obra «*La diligencia y la culpa del deudor*», ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, ps. 769 a 796.

<sup>5</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «*Responsabilidad por daños*», ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, t.I, p.127.

<sup>6</sup> Desarrollamos el pensamiento en «*Responsabilidad civil del escribano*», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, cap. VII, p.55 y ss., y en «*El acto ilícito*», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 53 a 61.

casualidad), ha de existir en la hipótesis implicada un factor de atribución. Nosotros expresamos que ese criterio legal de imputación bien podría ser genéricamente una obligación de seguridad especial, fundada en los arts. 1197 y 1198, parág. 1 -en lo esencial-. El ejercicio de la autonomía privada, la buena fe, la cooperación social -de la cual es instrumento la obligación- permiten exhumar ese crédito a la seguridad indisolublemente ligado al deber jurídico esencial al cual aquel crédito va referido. Esta sustentación de la obligación de fines en la seguridad es genérica -como quedó dicho-; de donde las normas jurídicas podrán establecer otros factores de atribución (p. ej.: riesgo, garantía, la tutela especial del crédito, etc.).<sup>7</sup>

e) En síntesis; las presunciones de culpa en las obligaciones de resultado, en el art. 1113 parág.1, y en cualquier otro caso en que no es permisible la liberación a base de la prueba de la diligencia, constituyen construcciones retóricas y racionalistas -en tanto quieren sin justificativo alguno mantener la coherencia de un sistema creado por el hombre y que posee una aparente armonía conceptual-. Esas construcciones desconocen por completo la realidad social; son, verdaderamente, ficciones de laboratorio que al carecer de contenidos válidos resultan jurídicamente inservibles.

j) Quizás por no captarse en su totalidad el fenómeno de los criterios legales de imputación se sostuvo que la mora es retardo objetivo y que no reclama el complemento de un factor de atribución (opinión de Borda apoyándose en Puig Brutau). La culpa - se dice por quienes siguen este derrotero sólo es necesaria para el nacimiento de la responsabilidad civil.

No compartimos este criterio. La mora no es mero retardo; se trata de un retardo jurídicamente calificado. La confusión, sin duda, proviene del hecho de que en la mayor parte de los casos, el retraso debe adjudicarse al adeudor, en justicia (imputatio juris), por medio de un factor de atribución objeti-

vo<sup>8</sup>. Los elementos de la mora coinciden con los presupuestos de la responsabilidad civil.

Asimismo, tanto en los casos de mora automática como en los de mora dependiente de interpelación, puede estar involucrado un criterio legal de imputación objetivo.

El Maestro Mosset Iturraspe, expresa que la mora automática es objetiva y que la mora con interpelación es subjetiva. En la primera hay un factor de atribución objetivo que es el riesgo (no basta con el simple retardo); en la segunda, la imputación jurídica se efectúa a título de culpa<sup>9</sup>. El jurista santafecino, disiente con Borda -para quien la mora es retardo a secas, sin calificación de derecho-, y con Moisset de Espanés, quien, al igual que Trigo Represas y Compagnucci de Caso, solamente admiten la mora de culpa.

Nosotros estamos de acuerdo en que la mora puede ser subjetiva -en el menor de los supuestos- y objetiva. Pero se nos ocurre que esa calidad no depende de la forma de producción de la situación jurídica. El deber de entregar la cosa en la compraventa no varía según que esté sujeto a un plazo determinado y expreso (cierto o incierto), a un plazo determinado y tácito o debido a que la obligación no se someta a la modalidad del plazo (pura y simple).

En consecuencia ¿por qué un deber de resultado como el mencionado ha de reconocer un tratamiento diverso en punto al factor de atribución, atendiendo a que su exigibilidad advenga por el transcurso del tiempo o por la interpelación? La mora no es subjetiva u objetiva por las contingentes características del plazo (incluso modificables por la voluntad de las partes puesto que el art. 509 contiene derecho supletorio), o por cuanto no exista plazo. La subjetividad que califica jurídicamente el retraso dimana de la ley -o más ampliamente del ordenamiento- en cuanto allí se considera de unas maneras específicas la clase de deberes a cum-

<sup>7</sup> Nuestra postura recibió importantes adhesiones en los últimos tiempos, véanse, por ejemplo: Zavala de González, Matilde, «Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 232, texto y nota n.17; Pizarro, Ramón D., «Daño moral contractual», JA 1986-IV-924 y 925 y 931, texto y nota ns. 7, 8, y 9, y «La responsabilidad civil del titular registral de un automotor y la ley 22.297», JA 1985-II-799, nota n. 4; Vásquez Ferreyra, Roberto A., ob. cit. p.81 y ss., y «La responsabilidad contractual objetiva», LL 1988-B-998 y ss.; Bergel, Salvador Dario, «Informática y responsabilidad civil», en «Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional», ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 165 y ss.; Lozaiga, Eduardo, «Responsabilidad por hecho propio en el derecho argentino actual», LL 1986-D-941; Sandoval Luque, Esteban y Junyent de Sandoval, Beatriz, «Informática y responsabilidad objetiva», JA 1987-IVB-917; Andorno, Luis O., comentario bibliográfico en LL 1985-D-1224; Gesualdi, Dora Mariana, «Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad», ed. Gherl, Buenos Aires, 1987, ps.39 a 42; Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Responsabilidad civil del profesional liberab», ed. Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil, Madrid, 1987, ps. 235 y 236.

<sup>8</sup> Bueres, Alberto J., «El pacto comisorio tácito y la mora del deudor», LL 1980-A-849 a 853, y «Responsabilidad civil del escribano», cit. p.62 y siguientes.

<sup>9</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «imputabilidad y mora. La mora en las obligaciones «cercabill» (cuyo lugar de pago es el domicilio del deudor)», LL 1982-A-716 y siguientes.

plir en vista de exigencias de justicia y de la propia conformación estructural y funcional de tales deberes<sup>10</sup>.

En las Segundas Jornadas Provinciales de derecho Civil, celebradas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires), en la comisión que estudio el tema: «El estado de mora en el incumplimiento de las obligaciones» -presidida por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci-, la mayoría se expidió en el sentido de que la mora reclama un factor de atribución subjetivo u objetivo (nosotros formulamos una ponencia en esa dirección). La minoría conceptuó que el criterio legal de imputación sólo podía ser subjetivo.

Comentando la conclusión mayoritaria, se ha dicho que quienes la avalaron, presumiblemente se vieron influidos por la opinión de Mosset Iturraspe (a la cual hicimos referencia precedentemente)<sup>11</sup>.

Pensamos que ello no es exacto, pues el despacho de mayoría no hace ningún distinguo entre la mora automática y la mora dependiente de interpelación. Además, nosotros en varias oportunidades habíamos hablado de mora objetiva, sin efectuar esa separación y sin reparar en la importante nota del profesor de la Universidad del Litoral - que citamos en la nota n.8 - al ser ésta posterior en el tiempo<sup>12</sup>.

De todas formas, la tesis de Mosset Iturraspe tiene un innegable mérito, pues proclama que el incumplimiento (moroso) es en oportunidades atribuible al deudor en función de un factor objetivo.

El temperamento, de seguro, ha de ser extensible al incumplimiento absoluto y a la responsabilidad civil (virtualidad del incumplimiento en sus dos fases).

Por consecuencia, se observa la presencia de una válvula de escape hacia la objetivación de los deberes de responder contractuales, circunstancia que entraña una superación del estrecho criterio de los autores apegados a la exégesis, al dogmatismo y a una tradición desbordada por la realidad social.

### III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LOS INTENTOS DE SUMINISTRAR UNA EXPLICACION COHERENTE A LA TEORIA TRADICIONAL.

a) Nos pareció significativo asentar las ideas de algunos autores españoles, ya que la doctrina ibérica ha estudiado con mucha seriedad la estructura institucional de la obligación -deuda y responsabilidad- (y dentro de ella la localización del *id quod interest* o *aestimatio rei*), y también la de los mayores daños que sufre el acreedor al margen de la prestación. Creemos que se ha desmigajado la temática y se intentó la ruptura de los moldes arcaicos; pero en líneas generales, no se alcanzó una total justeza, ni se removieron obstáculos fundamentales (p.ej.: la culpa irrefragable o la ignorancia de los factores objetivos en la responsabilidad contractual -aún reconociéndose la inoficiosidad de la culpa-).

b) Badosa Coll, en una recientísima y completa obra, entiende que en el Código Civil español la culpa posee dos significados: 1) la culpa hecho propio, y 2) la culpa negligencia. La primera (culpa hecho propio), está dada por la simple autoría directa o indirecta de la pérdida o deterioro del objeto de la obligación (ver. art. 1182 del Código español). A su vez, la culpa negligencia es la infracción al esquema de conducta propuesto por el ordenamiento con carácter exigible (art. 1101 del Código citado -contemplatorio, agregamos por nuestra parte, de la culpa como *nomen generale*, o sea de la culpa propiamente dicha y del dolo, en el incumplimiento absoluto y en la mora).

La culpa hecho propio -dice Badosa Coll- no crea una nueva obligación sino que perpetúa la originaria, mientras que la culpa negligencia hace nacer una nueva obligación -como sucede en el plano aquiliano<sup>13</sup>. Estas ideas, desarrolladas en un titánico estudio histórico, ponen de manifiesto que en las infracciones contractuales, a través de los tiempos, cuando no está en juego el análisis de la conducta obrada y el modelo de conducta debida (art. 1104 del Código español, y arts. 512, 902 y 909 del Código Civil argentino), hay una responsabi-

<sup>10</sup> Coincide con nosotros, Ramón D. Pizarro «*Daño moral contractual*», cit., p. 931, nota 7.

<sup>11</sup> Trigo Represas, Félix A., «*Los requisitos de la mora del deudor en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes*» LL 1983-D-1115.

<sup>12</sup> Ver, por caso: «*El pacto comisorio tácito y la mora del deudor*», cit., p. 851. Algún tiempo después, Ernesto C. Wayar siguió el mismo iter, aunque con matizaciones subjetivistas más intensas («*Tratado de la mora*», ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, ps. 347 y 348).

<sup>13</sup> Badosa coll, Ferrán, ob. cit., p. 661 y siguientes.

lidad objetiva, no obstante que se quiera mantener un sistema único basado en la culpa -y para ello se acuda a la que aquí se denomina culpa hecho propio-.

c) Luis Diez Picazo refiere que una cosa es la satisfacción del *id quod interest* (en el Código argentino, art. 505, inc. 3) entendido como el valor de la prestación expresado en dinero, vale decir, como expresión equivalente a *aestimatio rei*<sup>14</sup>, y otra cosa diversa son los mayores daños que sufre el acreedor al margen del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. A criterio del autor, la hipótesis del *id quod interest* no se fundamenta en la culpa, ya que la mayor diligencia no liberaría al deudor; para ello habría que probar un caso fortuito<sup>15</sup>. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios constitutivos del resarcimiento integral se sustenta en la culpa a probar por el acreedor, sin defecto de que el deudor pueda exonerarse demostrando la diligencia necesaria. Este último resarcimiento descansa en los arts. 1101, 1102 y 1105 del Código español, en tanto que el *id quod interest* es regido por los arts. 1182, 1184, por el esquema del sinalagma establecido en el art. 1124 y por la disciplina de cada contrato<sup>16</sup>. El autor, en relación con el *id quod interest* parece enrolarse en las filas del objetivismo, pero no aclara cuál es el factor de atribución de responsabilidad; o bien, a falta de éste, no dice si es la mera casualidad la que produce la consecuencia mentada o si -conjeturalmente- se está frente a un efecto de la misma obligación originaria insatisfecha. En otro pasaje de su obra, Diez Picazo hace referencia a las presunciones irrefragables de culpa en el *id quod interest* -desvirtuables por el caso fortuitos, y a la necesidad de probar la culpa en la indemnización integral<sup>17</sup>. Y con esto último parecería distanciarse del sano principio de la responsabilidad objetiva. Nos quedan dudas, entonces, acerca de si la afirmación de que el *id quod interest* es ajeno a la culpa, se relaciona con la culpa a probar (art.1104 del

Código español y art. 512 del Código argentino) o con la culpa presumida *juris tantum* y, por lo mismo vencible por la culpa, pero no con la culpa inexcusable para cuya exclusión es menester revelar una causa ajena. De ser así la responsabilidad, en apariencia objetiva, seguiría siendo subjetiva. Queda en pie el interrogante. De todas formas, hay una cosa muy clara: la reparación integral al margen del *id quod interest* -es decir, la auténtica responsabilidad por daños en sentido estricto- para este autor descansa en la culpa salvo hipótesis de excepción.

d) Delgado Echevarría entiende que tanto la *aestimatio rei* como los mayores daños derivados del incumplimiento se rigen por los mismos principios. Si no hay imposibilidad liberatoria (*casus*) se responde por culpa (esto, subrayamos, debería tener lugar en los deberes de fines). La culpa del art. 1182, inferida a contrario, no es la culpa hecho propio de Badosa Coll, sino la misma culpa negligencia de los arts. 1101 y 1104- este último, en su primer párrafo, es similar el art. 512 del Código Civil argentino-. Asimismo, refiere el autor que la ausencia de culpa coincide con el *casus*<sup>18</sup>.

Aunque nos parece acertado no efectuar distinción alguna en el tratamiento estructural y funcional de la *aestimatio rei* y de la indemnización de perjuicios suplementaria, lo cierto es que Delgado Echevarría efectúa apreciaciones objetables, a saber: 1) la culpa (arts. 1104 del Código español y 512 del Código argentino), a individualizar sobre la base de un estándar subjetivo-objetivo -llamada por Badosa Coll culpa negligencia- no puede corresponderse exactamente con la culpa negligencia -no puede corresponderse exactamente con la culpa irrefragable del art. 1182 del Código español (válida para los deberes de fines). Más allá de ciertas disquisiciones que puedan realizarse en derredor de los antecedentes históricos suministrados por los derechos

<sup>14</sup> Diez Picazo, Luis, «Fundamentos del derecho civil patrimonial», ed. tecnos, Madrid, 1970, t.I, p.704. Esto es rigurosamente exacto, cuando menos para los deberes de fines. Luego añade Diez Picazo, que en las obligaciones de resultado, sinalagmáticas el incumplimiento de una parte le hace perder el derecho a la contraprestación con independencia de toda idea de culpa. Sólo en las obligaciones de medios la prueba de la prueba diligencia debida es criterio útil para conservar el derecho a la contraprestación (ob. y t. cits., ps.704 y 705).

<sup>15</sup> En doctrina se ha dicho que asimilar el *id quod interest* al valor económico de la prestación (*aestimatio rei*) es incorrecto, dado que el *id quod interest* y la *aestimatio rei* serían conceptos y realidades distintas (Delgado Echevarría, Jesús, «Derecho de obligaciones», ed. Bosch, Barcelona, 1985, vol. 1, ps. 258 y 280). No vamos a entrar ahora en disquisiciones semánticas y, por lo mismo, empleamos los giros latinos con valor equivalente -como normalmente se lo hace - (véase Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p.33).

<sup>16</sup> Diez Picazo, Luis, ob. y t. cits., ps. 705 y 716.

<sup>17</sup> Diez Picazo, Luis, ob. y t. cits. ps. 715 y 716. Asimismo, puede compulsarse el profundo análisis que efectúa el autor, acerca de las posiciones subjetivistas de Castán y Abaladejo, y de la posición de Puig Brutau - de quien dice que por la influencia de los anglosajones considera que la responsabilidad contractual es asunto de incumplimiento (*default*) y no de culpa (*fault*), aunque no abandona la línea subjetivista. Luego, Diez Picazo, menciona casos de responsabilidades contractuales que reputa *objetivas*, pero no precisa cual es el factor de atribución y no establece principios generales (ob. y t.cits., ps. 697 y 702).

<sup>18</sup> Delgado Echevarría, Jesús, ob. y t. cits. ps 238 y 259 y 260.

romano y francés, y de la exégesis del Proyecto de 1851 y del mismísimo Código español, nos parece más realista la teoría de la culpa hecho propio de Badosa Coll -aunque pensemos que es un recurso superado en la actualidad-. 2) La no culpa o ausencia de culpa (es decir lo opuesto a la conducta descrita por los arts. 1104 del Código español y 512 del nuestro) no es el caso fortuito.

El criterio de Delgado Echevarría desdeña todo dato objetivista, ya que en los deberes de resultado destaca que el incumplimiento -afirmado y no necesariamente probado- hace inducir la culpa del solvens (para el autor la culpa negligencia); y el referido deudor podrá hacer patente «su diligencia» ¿Qué es tal diligencia? El autor no lo aclara pero suministra dos posibilidades de exoneración: el caso fortuito (o ausencia de culpa) y el cumplimiento<sup>19</sup>.

#### IV. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO. ESTADO ACTUAL DEL ASUNTO.

a) Siempre fuimos defensores de esta clasificación

<sup>19</sup> Francisco Jordano Fraga, en densas páginas desliza estas reflexiones: 1) La culpa no es fundamento de la responsabilidad; lo es el incumplimiento. 2) Si la culpa fuera fundamento de la responsabilidad siempre la no culpa constituiría límite de dicha responsabilidad -cosa que no es así-. En las obligaciones de medios el deudor puede probar su falta de culpa, pero ello opera no ya como límite de responsabilidad sino a manera de cumplimiento (pago). No hay cumplimiento. 3) En las obligaciones de resultado el incumplimiento material -primario- es la falta de resultado, en tanto que en las obligaciones de medios el incumplimiento es la culpa. 4) Fijado de tal suerte el incumplimiento material o primario -que es meramente provisional-, se realiza a posteriori el juicio de responsabilidad que estableciera si hay o no incumplimiento definitivo. Por tanto, ni la falta de resultado (mera alteración física) ni la presencia de la culpa (incumplimiento primario), en las obligaciones de fines y de actividad, respectivamente, serán la última palabra, dado que el deudor, en ambos casos, podrá demostrar la imposibilidad liberatoria que es límite general de responsabilidad contractual. Si ello ocurre habrá liberación y extinción de la obligación; de no probarse ese *casus* el incumplimiento de provisional pasará a ser definitivo -e imputable- Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 111, 160, 174 y ss., y 180 y 181, en especial). Coincidimos, en parte, con Jordano, pero sus razonamientos nos conducen a efectuar ciertas observaciones, a saber: 1) Decir que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento y no la culpa deja imprejuizado el asunto del factor de atribución. En los deberes de medios, la culpa -además de cooperar para que se determine el incumplimiento funcional, no el incumplimiento estructural- es factor de atribución. Pero ¿qué ocurre en los casos de obligaciones de resultado? Allí la culpa y la no culpa no tienen cabida; ni para conformar el incumplimiento, ni para liberar el deudor. Sin embargo, no estamos tan seguros de que para el autor sevillano exista una razón de imputación jurídica *objetiva*, ya que, por otro lado, afirma que «la culpa no es nunca fundamento directo de la responsabilidad, sino que es fundamento mediato o indirecto...» y que «para todas las obligaciones, la culpa es un criterio (general) de imputación del evento impositivo del cumplimiento -o del exacto cumplimiento-...» (ps. 21 y 240). 2) El incumplimiento, más que fundamento de la responsabilidad es un presupuesto de ella, o sea, un elemento del acto ilícito contractual (que permite inducir la antijuridicidad). 3) En las obligaciones de fines, la falta de resultado permite probar el *casus*, pero en las de medios de demostración de la culpa -para Jordano cumplimiento provisorio- excluiría la posibilidad ulterior del hacer patente la causa ajena.

<sup>20</sup> Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., ns. 825 a 827, p. 296 y ss.; Galli, Enrique V., «Obligaciones de resultado y obligaciones de medios», Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, marzo 1958, t. I, p. 1 y ss.; Brebbia, Roberto M., «Algunas cuestiones de responsabilidad contractual: prueba de la culpa en la locación de servicios; el caso fortuito y la fuerza mayor», etc., Revista del Colegio de Abogados de Rosario, setiembre 1971, año III, n. 5, ps. 94 y ss.; Ghesi, Carlos A., «Fraude en la compraventa de automotores», ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 36, nota n. 14; Cazeaux, Pedro N., en Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., «Derecho de las obligaciones», ed. Platense, La Plata, 1987, t. I, p. 353 y ss.; Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., «Curso de Obligaciones», ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, 1213 y ss., p. 172 y ss.; Alterini, Jorge H., «Obligaciones de resultado y de medios», Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, ps. 705 y 706; Trigo Represas, Félix A., «Responsabilidad civil de los profesionales», ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 80 y ss.; Alsina Aizenza, Dalmiro, «La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado», JA 1958-III-690 y ss.; Martínez Ruiz, Roberto M., «Obligaciones de medio y de resultado», LL 90-758; Rivera, Julio César, «Responsabilidad civil del síndico societario», ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 39 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., «La obligación de seguridad...», cit., p. 81 y ss.; Salas, Acdeel E., «Obligaciones, contratos y otros ensayos», ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 370 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aida, «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción», Revista Jurídica de San Isidro, n. 18, enero-junio 1982, p. 126; Pizarro, Ramón D., «Daño moral contractual», cit., ps. 924 y 925 y 931; Zavala de González, Matilde, ob. cit., ps. 924 y 925 y 931; Zavala de González, Matilde, ob. cit., p. 232, texto y nota n. 17; Berget, Salvador Darío, ob. cit., p. 165 y ss.; Gesualdi, Dora Mariana, ob. cit., p. 31 y ss.; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...», cit., p. 128 y ss., y «Responsabilidad civil del escribano», cit., ps. 49 y siguientes.

de las obligaciones, la cual rectamente explicada, tiene indudable valía. En nuestras investigaciones llegamos a la conclusión de que los aspectos procesales inherentes a la prueba de la culpa - en las obligaciones de medios - son contingentes: el actor ha de demostrar la culpa o ésta puede presumirse *juris tantum* - poniendo al demandado en situación de dar la prueba de la no culpa (sin perjuicio del *casus*)-. Pero lo realmente importante y sustantivo del distingo, es la diversidad en el factor de atribución; culpa en las obligaciones de medios y responsabilidad objetiva en las obligaciones de fines. En dicha inteligencia, es vital perfeccionar el significado de la no culpa -como situación intermedia entre la culpa y el *casus*- y de ubicarla en su sitio, como así, de delimitar el sector de funcionamiento de causas ajenas o del caso fortuito (*casus*) -en donde penetramos no sólo las hipótesis del art. 513 y 514, sino también aquellas otras que fracturan el nexo causal (causación de la víctima, del tercero, etc.)

En general, la clasificación es admitida por casi toda la doctrina nacional<sup>20</sup>. Sin embargo, algunos juristas han tratado de desprestigiarla, sin conseguirlo, ya

que en algunas oportunidades acaban por aceptar su vigencia, y en otras no pueden superar la barrera de la no culpa como eximente de responsabilidad diversa del caso, y cuyo funcionamiento sólo tiene lugar en algunos deberes jurídicos calificados (los de medios)<sup>21</sup>. En rigor, ante algunos obstáculos que pudieran aparecer en el caso -como sucede con cualquier instituto jurídico- (p.ej.: las dificultades con que se enfrenta el paciente para probar la culpa del médico), en lugar de buscar soluciones apropiadas, que existen, se intenta prescindir de categorías jurídicas válidas. Es lo que se calificó como el pragmático escepticismo<sup>22</sup>.

En las Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia, celebradas en 1981, se afirmó ligeramente que estamos trabajando con una clasificación de la doctrina francesa de medio siglo atrás y que paulatinamente va siendo dejada de lado o minimizada (véase: «Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia. Responsabilidad Civil», coordinador Luis Moiset de Espanés, ed. Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, ps. 476 y 477).

La afirmación es totalmente inexacta, pues, por el contrario, la doctrina francesa de los últimos

cincuenta años, y sobre todo, la de los últimos tiempos utiliza la clasificación con asiduidad<sup>23</sup>. Es más, Jordano Fraga - el talentoso civilista sevillano - señala con acierto que en el derecho francés la clasificación se ha convertido en la summa divisio de todas las obligaciones, y en la piedra de toque de la responsabilidad contractual<sup>24</sup>.

Asimismo, el distingo es aceptado con beneplácito en Alemania, y por la communi opinio en España e Italia<sup>25</sup>.

Bajo otra luz, en nuestro país se dice, en ocasiones, que la clasificación es dogmática (o sea, que es una verdad revelada inexcusable), y que no es legal. El argumento se transformó en una muletilla repetida sin mayor reflexión, pues la inclusión expresa de la clasificación en la ley, ni siquiera hubiera sido ansiada por los corifeos del positivismo legalista. Dichas clasificaciones son resorte de doctrina y su inclusión en los cuerpos legales sólo se justifica en casos excepcionales (cuando ello sea imprescindible por razones de claridad y precisión). Así, pues, los Códigos español, alemán, suizo y portugués, no contienen una clasificación de los contratos, al modo en que ello ocurre en nuestro Código (arts. 1138 a 1143). Y a nadie se le ocurría

<sup>21</sup> Nos remitimos a las críticas que formularamos a algunas opiniones doctrinales, en «Responsabilidad civil de las clínicas...», cit, p. 138 y siguientes.

<sup>22</sup> Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p. 232.

<sup>23</sup> Véase: Pianqueel, André, «Obligations de moyens, obligation de resultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve de cas d' inexecution)», Revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1972, p. 334 y ss.; Viney, Genevieve, ob. cit., p. 629 y ss.; Rodiere, R., «La responsabilité des médecins, en Journées juridiques», publicación de «La Société de législation comparée», Paris, 1968, p. 571 y ss.; Le Toumeau, Philippe, «La responsabilité civile», ed. Dalloz, Paris, 1982, p. 400 y ss.; Frossard, J., «La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat», ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, n.20 y ss.; Mazeaud, Henri, «Essai de classification des obligations déterminés et obligations générales de prudence et diligence», Revue trimestrielle de droit civil, 1936, p.1 y ss.; Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual», ed. Ejea, trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977, t.I, vol I, n. 103-2, p. 126 y ss.; Penneau, Jean, «La responsabilité médicale», ed. Sirey, Paris, 1977, n.29, p.22, n.32, p.37 y n.33, p.38; Chabas, Françoise, «Responsabilidad médica y seguro en el derecho francés», LL. 1984-D-933 y ss.; Lemaire, Jean Francois e Inbert, Jean-Luc, «la responsabilité médicale» ed. Presses universitaires de France, Paris, 1985, p.58 y siguientes, entre otros.

<sup>24</sup> Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 172 y 173, nota n. 162. A su vez, Yzquierdo Tolsada - refiriéndose a lo afirmado en las Jornadas Australes de Comodoro Rivadavia -, expresa que no es cierta la afirmación de que en Francia la distinción de las obligaciones de actividad y de resultado esté abandonada. Y cita «por todos» (autores) a Frossard - en la obra que mencionamos en la nota anterior - (conf. Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p.233, texto y nota n.33). También es categórica Viney cuando dice que toda la doctrina francesa admite la clasificación - «la doctrine es aujourd'hui unanime a admettre le principe de la distinction entre obligations de moyens et obligations de resultat...» (ob. cit., p.634).

<sup>25</sup> Entre los autores españoles pueden consultarse: Hernández Gil, Antonio, «Derecho de obligaciones», ed. Maribel Artes Gráficas, Madrid 1960, t. I, p. 124; Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., p. 172 y ss.; Díez Picazo, L., ob. y l.cits., ps. 442 y 443; Giltrama González, Manuel, «En convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (sobre el contrato de servicios médicos)», Anuario de Derecho Civil, año 1977, p. 307 y ss.; Santos Briz, Jaime, «Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal», ed. Montecorvo, Madrid, 1981, p. 7191; Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit., p. 222 y ss.; De Angel Yagües, Ricardo, «Obligaciones de medios y de resultado. Frustración del fin», Anuario de Derecho Civil, enero-abril 1985, p. 209; Lacruz Berdejo, José Luis, en Lacruz Berdejo y otros, «Derecho de obligaciones», ed. Bosh, Barcelona, 1985, vol. 1, p.483; Fernández Hierro, José Manuel, «Responsabilidad civil médico-sanitaria», ed. Aranzadi, Pamplona, 1984; Delgado Echevarria, Jesús, ob. y t. cits., p. 238; Ataz López, Joaquín, «Los médicos y la responsabilidad civil», ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 85. En la doctrina italiana, véanse: Cattaneo, Giovanni, «La responsabilità medica nel diritto italiano», en «Responsabilidad médica», Collana della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè, Milano, 1982, p. 11; Bonassi Benucci, Eduardo, «La responsabilità civil», ed. Bosch, trad. por Juan V. Fuentes Lojo y José Pérez Raluy, Barcelona, 1958, ps. 9 y 10; Mengoni, L., «Obligaciones di risultato e obbligazioni di mezzo», En Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, año 1954, t.I, p. 383 y siguientes.

afirmar, ante semejantes omisiones, que no existen los contratos típicos y atípicos, los onerosos y gratuitos, los unilaterales y bilaterales.

Por los demás, estamos convencidos que la clasificación surge virtualmente de la ley, pues en ésta se define la culpa, se alude a la no culpa, al caso fortuito, a la responsabilidad objetiva y a sus eximentes, etc. (arts. 511, 512, 513, 1109, 1113, parágs. 1 y 2, etc.). El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, también recogió el distingo (art. 514, 1113 parágs. 1, 2, 4 y 5)<sup>26</sup>.

Por último, debemos notar que el Código polaco de las obligaciones de 1934 consagró expresamente la calificación en el art. 540, en cuanto expresa: «el deudor es responsable por no haberse comportado con los cuidados exigidos por las relaciones leales (obligaciones de medios) o por una relación jurídica dada (obligación de fines)<sup>27</sup>.

b) En los últimos años se ha escrito mucho sobre las obligaciones de medios y de resultado. Juzgamos que de todo ese material merece rescatarse, a efectos de ser analizados en detalle, dos notables trabajos -provenientes de las plumas de dos grandes juristas -; uno de Eduardo A. Zannoni y otro de Atilio A. Alterini<sup>28</sup>.

c) Zannoni, sin desconocer de manera radical la existencia de las obligaciones de medios y de fines, ha tratado de relativizarla, de restarle envergadura<sup>29</sup>. El autor expresa su pensamiento de este modo:

1) Las obligaciones de medios y de resultado se originan en la identificación entre el objeto de la obligación y la prestación - conducta debida - (p.911).

Estimamos que no es así; la categoría no depende del objeto, sea éste una conducta para satisfacer

un interés - como suponemos nosotros - o que se lo considere constituido por los bienes (la conducta sería el contenido).

El distingo, en vista de que la estructura externa es idéntica en ambos tipos de obligaciones<sup>30</sup>, esta fincado en el alcance del cumplimiento (obtención del fin en los deberes de resultado y actuación diligente en los deberes de medios), circunstancia que, por consecuencia, permite concluir que en las obligaciones de fines el factor de atribución es objetivo y que en las obligaciones de medio es subjetivo.

2) Repetimos que el objeto de toda obligación, cualquiera sea su clase, es un plan o conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. Tanto el comportamiento como el interés integran dicho elemento<sup>31</sup>. Zannoni conceptúa que el objeto son los bienes o utilidades, y que el contenido está dado por la conducta (ps. 911 y 912).

Ahora bien; el autor citado señala que nosotros criticamos su postura objetivista, que prescindiría de la conducta deshumanizando la obligación, y reputando que, por ese camino, tal relación jurídica, ontológicamente, podría llegar a ser un deber libre. Añade Zannoni, que nuestra apreciación es equivocada (por cuanto no hay deberes libres). Y en todo caso, agrega, más deshumanizante es pretender fundar responsabilidades objetivas en las denominadas obligaciones de resultado, sin interesar el cumplimiento de la conducta debida (p. 912, texto y nota n. 10).

Estas objeciones que nos hace el distinguido autor mendocino no son justificadas por los siguiente:

a) Cuando criticamos las posiciones objetiva o patrimonialistas -en un punto a la naturaleza de la obligación- al ocuparnos del objeto de la relación obligatoria (Nicoló, Satta, Andreoli, Hartmann,

<sup>26</sup> Bustamante Alsina, Jorge «*Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial*», LL 1987-E-866; Trigo Represas, Félix A., «*La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*», LL 1987-C-874. Instituto del Colegio de Abogados de San Isidro, «*La responsabilidad profesional en el art. 1625 del proyecto de unificación civil y comercial*», *Revista Iuri*, Doctrina departamental, ed. Iuri, S.A., año 1, n.1, enero 1988, ps. 124 a 126.

<sup>27</sup> Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, ob. cit., t. I, vol. ns. 103-6, ps. 135 y 136.

<sup>28</sup> Zannoni, Eduardo A., «*Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial*», *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, año 20, diciembre 1987, ns. 119/120, p. 908 y ss.; Alterini, Atilio Anibal, «*Carga y contenido de la prueba del factor de atribución de la responsabilidad contractual*», LL 1988-B-947 y siguientes.

<sup>29</sup> Zannoni, Eduardo A., nota cit., p. 910, último párrafo, y 919, último párrafo, y «*El daño moral en la responsabilidad civil*», ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 12 a 14.

<sup>30</sup> Bueres, Alberto J., «*Objeto del negocio jurídico*», cit., ps. 155 y 156.

<sup>31</sup> Bueres, Alberto J., «*Objeto del negocio jurídico*», cit., ps. 151 a 155.

Rocco, Mengoni, Koper, Polacco, Grazin, Jallu, etc.), dijimos que ellas en su formulación extrema desembocan en la teoría del deber libre. Esta teoría descuenta que el incumplimiento del deber (auténtico no deber desde este miraje) no es ilícito y, por tanto, no acarrea sanción. Brunetti, por caso, señala que el derecho del acreedor no se dirige hacia el adeudor sino contra el Estado. En general, estas observaciones fueron realizadas por todos los autores que ensalzan el valor de la conducta en la obligación - y que repudian el rechazo de la juridicidad del débito -<sup>32</sup>.

La crítica, pues, iba para Binder y Brunetti - y sus seguidores -, y no para Zannoni, quien considera que la obligación no es un deber libre, correctamente, ya que el solvens debe (jurídicamente) cumplir aunque pueda (físicamente) no hacerlo; y el incumplimiento es sancionable<sup>33</sup>.

Nuestras diferencias con Zannoni van referidas a la estructura externa de la obligación. Para nosotros el objeto de tal relación jurídica es la conducta y el interés; para Zannoni ese objeto son los bienes. La prestación, según este jurista es el contenido del deber (entidad que nosotros reservamos para anexarla a la estructura interna de la obligación cúmulo de facultades que posee el sujeto activo sobre el objeto)<sup>34</sup>. No obstante, en última instancia, la estructura concebida por Zannoni -próxima a la auspiciada por Vallet de Goytisolo<sup>35</sup> - coincide con la nuestra en cuanto a consecuencias, mucho más que la estructura pensada por otros doctrinarios, ya que, por ejemplo, Doménico Barbero (que llama objeto a los bienes y contenido a la conducta), al explicar la estructura institucional de la obligación refiere que en la etapa de deuda el acreedor sólo tiene una expectativa jurídica - respecto de la conducta -, y que el derecho subjetivo - dirigido hacia los bienes del solvens - nace en el tramo de la responsabilidad<sup>36</sup>.

b) No es verdad-como manifiesta Zannoni- que nosotros afirmamos que la conducta no está presente en todas las obligaciones, genéricamente

hablando. Y, por consiguiente, e inexacto que las obligaciones de resultado, en las que hay responsabilidad objetiva, medie una deshumanización de la relación obligacional. Toda obligación, reiteramos una vez más, sea de medios o de fines, tiene por objeto una conducta proyectada hacia el futuro tendiente a colmar un interés apetecido por el accipiens. Ese comportamiento se actúa de forma espontánea (pago) o bien, inobservado por el deudor - y por ello preexistente da lugar a que se pongan en marcha los poderes coactivos del acreedor. Y en esto hay humanización. Otra cosa distinta es que en algunas obligaciones, a efectos de que se configure el incumplimiento auténtico - desde un ángulo funcional y no estructural - interese la conducta culpable, mientras que en otras obligaciones sólo importa la conducta finalista, teleológica, con prescindencia de la culpa. Queda en claro que no debe confundirse la conducta culposa con la conducta ineficaz -sea o no culposa<sup>37</sup>. En suma; es decir que la conducta no basta para actuar en el contenido de la obligación en el deber de fines (responsabilidad objetiva) no significa que esa conducta (actividad programada) no exista. pero lo real es que a ella debe adosarse inexorablemente el fin. La diligencia del comportamiento, que es otro quid, es lo inoficioso.

3) Señala Zannoni que todo fenómeno de responsabilidad contractual se hace presente ante la frustración del resultado (p.913).

La apreciación es cierta y no merece reparos. Sin embargo, ello no puede hacer perder de vista el hecho de que a veces se frustra el fin y no hay responsabilidad, a pesar de que medie autoría del deudor (ya que a éste le está permitido probar la no culpa). En otras oportunidades, se frustra el resultado y únicamente habrá exención del deber de reparar al margen de la autoría del obligado, o sea, si se demuestra un casus. Es que la frustración del resultado -en los deberes de fines y en los de actividad- conforma un incumplimiento estructural (antijurídico), que, al propio tiempo será incumplimiento funcional (auténtico) en las obligaciones

<sup>32</sup> Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 152 a 153. Ver asimismo, Vallet de Goytisolo, Juan, «Panorama del derecho civil», ed. Bosch, Barcelona, 1973, ps. 180 y 181.

<sup>33</sup> Sobre esto, véase: Sancho Rebullida, Francisco de Asis; en Lacruz Berdejo y otros, «Derecho de obligaciones», ed. Bosch, Barcelona, 1985, vol.1, p. 23 y ss. - cuando enfatiza en que lo vinculado es la conducta.

<sup>34</sup> Bueres Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 151 a 154.

<sup>35</sup> Vallet de Goytisolo, Juan, ob. cit., ps. 181 a 183.

<sup>36</sup> Ver los comentario a la tesis de Barbero, en Díez Picazo, Luis, ob. y t. cit., p. 354; Vallet de Goytisolo, Juan, ob. cit., p. 183. Asimismo, conf. Giorgianni, Michele, «La Obligación», ed., Bosch, trad. por E. Veldera y Tuelle, Barcelona, 1955, p. 179 - cuando refuta los argumentos de Pachioni-.

<sup>37</sup> Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, ob. cit., t.1, vol i, n. 103-6, p. 134.

de resultado. Pero dicho incumplimiento funcional (auténtico) - es decir, in solutione- adviene con la conducta culpable en los deberes de actividad (la no culpa constituye el pago o cumplimiento).

4) También destaca Zannoni que la responsabilidad contractual descansa, salvo excepciones, en una atribución subjetiva del incumplimiento. Y luego - tras criticar la categorización de las obligaciones de medios y de resultado en la ley, y en el art. 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial-, asienta que la responsabilidad contractual objetiva sólo debería imponerse por razones de política legislativa en limitados supuestos - v.gr. en materia de transporte- (ps. 913 y 919).

Según nuestra óptica el principio hoy día es inverso. La responsabilidad contractual es esencialmente objetiva. Pretende una limitación de las obligaciones de resultado - que Zannoni reconoce, engendran deberes reparatorios objetivos - sería desvalioso desde el punto de vista de la víctima, verdadero epicentro de la responsabilidad-justicia, e importaría desconocer que desde hace muchísimos años la prueba del incumplimiento descarta la culpa y solamente permite la exoneración si se hace patente un *casus* (este criterio funciona todavía con el razonamiento de quienes prohijan la culpa irrefragable). El art. 512, como el art. 511 y sus concordantes, reclaman una apropiada interpretación funcional, a base del contexto y de los fines (infra IV., d)5)]. La culpa, fuera del minúsculo catálogo de obligaciones de medios, aparece en palabras de Jordano Fraga, como un criterio connotado de anacronismo<sup>38</sup>.

5) A renglón seguido, dice Zannoni que la obtención del resultado -que funda el interés de cumplimiento- constituye siempre el objeto de la obligación. Sólo que en algunos casos la obtención de ese resultado depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor, y en otros depende también de diversas circunstancias más o menos complejas - previsibles o no-, que toman a ese resultado aleatorio y que son externas a la conducta debida. Pero la magnitud del álea es una cuestión de hecho: no se la puede formular a priori y dogmáticamente, pues saber en que medida la conducta «prudente y diligente» del deudor es condición necesaria para alcanzar el resultado, es un *posterius*. En la realidad, no se juzgan a priori los deberes de prudencia y diligencia,

sino que ese juicio se hace a posteriori para establecer si, y hasta que punto, su inobservancia ha sido determinante de la frustración del resultado esperado y, por ende, fuente de daños al acreedor (ps. 918 y 919).

Frente a la realidad de un resultado insatisfecho, se nos ocurre proponer estos interrogantes: ¿siempre es posible probar la culpa del deudor o éste puede relevar sus diligencia (art. 512), excepto en hipótesis puntuales como en el tema del transporte? O bien ¿se puede establecer *ex post facto* - dada la frustración del resultado - cuando funciona solamente el caso fortuito, o cuando el asunto juega en el plano de la culpa no culpa, atendiendo a la indefectibilidad o aleatoriedad del resultado - con cual los medios y los fines existirían y estarían diferenciados aunque en un *posterius*-?

Cualquiera sea el sentido del pensamiento de Zannoni, nosotros pensamos que no hay prognosis póstuma. La obligación es creada por una fuente y perfilada estructuralmente desde su génesis. En tal momento quedará cristalizado, si se empeñaron fines o medios con arreglo a la ley, la voluntad de las partes, el sentido de justicia, etc.<sup>39</sup>. Cuestión distinta es que el análisis sobre la esencia de las obligaciones de medios y de fines sea llevada a cabo por el interprete, una vez sobrevenido el incumplimiento, pero sobre datos previos, genéticos, sobre algo ya construido -aunque muchas veces no haya sido calificado-.

6) No se si esta amistosa polémica se encuentra aun incabada (tal vez subsista). De todas formas ella ha sido sumamente valiosa, pues el talento del contradictor, nos ha movido a intentar la profundización de los conceptos, circunstancia que lleva anejas las posibilidades de mejorar ideas y rectificar rumbos equivocados.

d) Con Atilio A. Alterini coincidimos en algunos aspectos esenciales del tema examinado, como estos: 1) es admisible la categoría de las obligaciones de medios y de resultado; 2) la no culpa cualquiera sea su significado- es una entidad distinta del caso fortuito, 3) en la actualidad, se impone una mayor flexibilidad - con respecto a los moldes tradicionales - en la prueba del factor de atribución.

No obstante, en el trabajo de Alterini se efectúa un exhaustivo y erudito estudio de algunos aspectos conectados con el asunto, arribándose a conclu-

<sup>38</sup> Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., p.60

<sup>39</sup> Conf. Salas Acdee, E., ob. cit., p. 372 (n.10).

siones que, en oportunidades, contradicen puntos de vista que insinuamos o afirmamos en publicaciones anteriores. En lo que sigue trataremos de analizar esas diferencias.

1) Destaca Alterini que en las obligaciones de resultado, a veces, es menester probar la causa ajena, mientras que otras veces alcanza con la demostración de la falta de culpa. Aclarando esta idea, añade que las obligaciones del primer grupo son obligaciones de resultado agravadas y las del segundo grupo son atenuadas (n.5, ap.b], y n.15).

2) Decir que una obligación es de resultado sólo permite saber que el adeudor tiene la carga de probar algo - variable y proteico - para liberarse de responsabilidad, que en general es la falta de culpa (carga que, además, no es siempre exclusiva de dicho sujeto). Decir que una obligación es de medios sólo permite saber que la prueba versa sobre el incumplimiento y la culpa, porque es frecuente que sea el deudor quien tiene la carga de probar que cumplió o que, habiendo incumplido, obró sin culpa (n.24).

Pero con referencia a esto último, antes afirmaba, que en las obligaciones de medios la situación presenta algunas complejidades. En el ejemplo típico de los servicios médicos, se sostiene que el acreedor debe probar el incumplimiento y para ello debe dejar en evidencia la culpa del demandado, puesto que ambos aspectos (incumplimiento y culpa) son inescindibles. Este punto de vista, sin embargo, ha sido contradicho, ya que se estimó que aun cuando haya sido probado el incumplimiento, el deudor tiene la posibilidad de acreditar útilmente la falta de culpa; por ejemplo, se prueba que el médico desatendió las visitas domiciliarias que exigía el curso de la enfermedad (incumplimiento), pero ello no obsta a que él acredite que su ausencia de culpa se debió a causas justificadas (falta de culpa). (n.18).

3) Acerca del caso fortuito o fuerza mayor, señala Alterini que dicha eximente rompe el nexo causal, atañe, de tal suerte, a la causación y no al factor de atribución. Pero ha sido frecuente considerar el caso fortuito como opuesto lógico de la culpa -y no de la causación-, y lo cual puede hacer inteligible que se haya terminado exigiendo al deudor una prueba extrema (la ruptura del nexo causal) en situaciones en las que el sistema legal no requiere tan compleja y extrema demostración, y cita un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala D el voto es nuestro, en donde se decidió que demostrada por el paciente la frustración del resultado -o sea la causación del daño- sólo asistirá al ente de salud o al médico la posibilidad de

probar una causa ajena: culpa de la víctima, hecho de un tercero o el casus genérico de los arts. 513 y 514. Asimismo, aclara -con cita de los Mazeaud y Tunc- a propósito de esa aceptación de casus que no anexa a éste con la causación, que «ante la infracción al cumplimiento, si deriva de la omisión de la diligencia debida en virtud del contrato hay culpa; pero si para cumplir hubiera sido menester una diligencia extraordinaria -excedente de la debida- hay caso fortuito o fuerza mayor. Alterini refiere que transita un camino paralelo a esta concepción la opinión de Brebbia y de Compagnucci de Caso, según la cual en la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa, el caso fortuito puede ser externo o interno (n. 5, ap. cj, texto y notas ns. 9 y 10).

4) En las obligaciones de resultado, por el juego de las reglas de pago, viene a resultar que, de ordinario, el deudor -que pretende liberarse, art. 505, in fine- está precisado a probar que cumplió.

5) Alterini observa que el art. 511 establece la responsabilidad de deudor cuando por culpa propia dejó de cumplir la obligación. Y luego aclara que la responsabilidad «sin culpa» no es el caso fortuito del art. 513. A su vez, el art. 888 contempla la imposibilidad de la prestación «sin culpa del deudor», y de acuerdo al art. 724, última parte, la imposibilidad de pago extingue la obligación. En las obligaciones de dar, el deudor responde de la pérdida o deterioro «por culpa» (art. 579, 585, 603, 612, 613 y 615), pero no responde cuando ello acontece «sin culpa» (art. 580, 587, 611 y 614). Igual solución cabe en las obligaciones de hacer y en las de no hacer (arts. 627 y 632).

Luego analiza el art. 512, que define la culpa, y su conexión con los arts. 902 y 909, y hace hincapié en los casos de excepción en que el Codificador contempló la culpa grave y la culpa leve en concreto.

Más adelante, expresa que si la culpa es lo opuesto a la diligencia, basta para la liberación la prueba de haber obrado diligentemente. Esa diligencia no es la genérica abstracta, sino «la referida concretamente a la obligación del caso». Y luego explica que el deudor obró sin culpa - a efectos de excluir su responsabilidad- cuando demuestra que la obligación pudo ser cumplida pero mediante el empleo de una diligencia extraordinaria, mayor que la debida en orden a la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso (vale decir, acotamos por nuestro lado, que se está apuntando al incumplimiento sin culpa definido en el art. 514 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial).

También dice Alterini que en doctrina se viene

sosteniendo que entre el caso fortuito y la culpa hay una zona intermedia: la falta de culpa. Y que esto fue apoyado en las Segundas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (Mendoza, año 1971, tema IV, recomendación IV).

Por último, menciona supuestos extravíos de los Códigos Civil y de Comercio, y de algunas leyes especiales, en donde se asienta que el deudor responde por «su culpa» o se libera si obró «sin culpa», razón por la cual en tales casos habría obligaciones de resultado en que el deudor se libera demostrando su falta de culpa (n.15).

Pasamos a contestar estas consideraciones conclusivas en el orden expuesto.

1) La no culpa por falta de culpa, rectamente apprehendida como opuesto natural al significado dinamante del art. 512, sólo funciona en los deberes de medios. Las presunciones iuris tantum de culpa -desvirtuables con la prueba de la diligencia, no son un tercer género que rompe la clasificación de las obligaciones de medios y de fines, no constituye una clase de deberes de este último tipo (de fines) atenuados -(Véase infra IV, d), punto 5, y 5, a).

2) Acerca de lo expresado en derredor de las obligaciones de resultado nos remitimos a lo expuesto en el punto anterior.

En cuanto a lo dicho sobre las obligaciones de medios, advertimos que en ellas el incumplimiento estructural está dado por la falta de obtención del fin, mientras que el incumplimiento funcional exige la presencia de la culpa; y la no culpa significa tanto como dar la prueba del pago<sup>40</sup>. Ese incumplimiento estructural tiene razón de ser ya que el fin aspirado por el acreedor se integra con la conducta del objeto de la obligación<sup>41</sup>. Pero el verdadero incumplimiento, el trascendente, es sin lugar a dudas el funcional -ya que es el que apareja la responsabilidad del solvens-.

Ahora bien; en las obligaciones de medios en las cuales la carga de la prueba de la no culpa se pone en cabeza del deudor (art. 1113 parág. 2 supuesto 1ro.; art. 1625, pto. 2) del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial -en cuanto se conecta con el art. 514-, el incumplimiento estructural es suficiente para hacer la susodicha presunción de culpabilidad.

Con estas precisiones sobre el incumplimiento en los deberes de actividad, vamos a examinar el ejemplo puesto por Alterini, en relación con los servicios médicos. Nos parece que si el facultativo desatendió las visitas que exigía el curso de la enfermedad (es decir, concurrió irregularmente al lugar donde estaba el enfermo), actuó con culpa. Si, en cambio, el profesional visito de modo insuficiente al paciente, y aquél prueba que ello obedeció a «causas justificadas», en la medida que esas circunstancias sean causas ajenas ya no habrá culpa (probada), pues se fracturará la relación de causa a efecto<sup>42</sup>.

El asunto podrá ser distinto si el paciente atribuye al médico no haberlo asistido con frecuencia necesaria -lo cual no quiere decir que la simple afirmación del primero entraña, de suyo, la culpa del segundo-, y el médico se anticipa para disipar cualquier duda y prueba que las visitas eran suficientes (no culpa). En tal caso, el origen del daño quedará en el anonimato (o sea la verdadera causa), pero el profesional cumplió la prestación con su actuación diligente.

Finalmente, Alterini cita la opinión de Belluscio, la cual es errónea y se funda en una desajustada interpretación de lo que afirma Borda -en su trabajo citado en la nota n.42-. Señala Belluscio que si en las obligaciones de medios el acreedor tuviera que probar la culpa del deudor, éste carecería de toda ofensa una vez producida esa prueba. Y sin embargo no es así, pues puede invocar un caso for-

<sup>40</sup> Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., ps. 174 a 181.

<sup>41</sup> Bueres, Alberto J., «Objeto del negocio jurídico», cit., ps. 155 a 156

<sup>42</sup> Efectuamos esta interpretación en base a un ejemplo puesto por Borda «*Problemas de la culpa contractual*», (LL 111-929) - a quien cita Alterini-. Allí, Borda se refiere al «*Incumplimiento total del médico*» y no a una desatención de las visitas exigidas por el curso de la enfermedad (hecho éste que podría hacer suponer la alusión a un cumplimiento defectuoso). Y en cuanto a la interpretación del giro «causas justificadas», ella obedece a que Borda cree que ese incumplimiento total *no ha menester de la culpa* y, por consecuencia, el médico sólo podrá poner como límite de su responsabilidad la *causa ajena*. Lógicamente, si el ejemplo de Alterini apuntara a un *incumplimiento total* y no a un cumplimiento defectuoso *en cuyo caso nosotros admitimos desde ya que equivocamos las bases fácticas de desarrollo realizado en el texto*, ello nos conduciría a un tema sumamente espinoso: el del emplazamiento del incumplimiento total (sobre esto, véase la posición de Dalmiro A. Alsina Atienza y la posición de Atilio A. Alterini, Ameal y López Cabana, y Jorge H. Alterini que compartimos, en «Responsabilidad civil de los médicos», cit. ps. 186 y 187).

tuito<sup>43</sup>. Hace algunos años señalábamos que este planteamiento de Belluscio no era real. Si el acreedor probó en el juicio la culpa del deudor categórica y definitivamente, es indudable que ello excluye la posibilidad de que se demuestre el *casus*, o a todo evento la falta de culpa. Esa prueba de la culpa es reveladora del incumplimiento -dado que incumplimiento y culpa no pueden disgregarse-.

En la práctica, sucede que acreedor y deudor aportan pruebas: el primero para probar la culpa -ya que esto es fundamental cuanto tiene de su lado el *onus probandi*-; el segundo para demostrar su no culpa o el caso fortuito. Pero al cabo de la etapa probatoria, el juez decidirá, de forma excluyente, si hubo culpa del demandado o si éste probó su no culpa o la culpa ajena. Inclusive, puede suceder que si el pretensor corre con la carga de la prueba de la culpa y no demuestra dicho elemento subjetivo -por desinterés, ineficiencia procesal, etc.- la demanda sea rechazada, aunque no se haya evidenciado la falta de culpa del demandado o el *casus* (esto último, por lógica, sería diferente si la carga de la prueba de la no culpa es impuesta por la ley al deudor)<sup>44</sup>.

3) La acepción de la expresión caso fortuito como equivalente a culpa no prestable es incorrecta. La culpa no prestable -perfilada en el art. 514 parág. 2 del Proyecto de Unificación de La Legislación Civil y Comercial- es culpa, supone autoría de solvens (y por ende, no destruye el nexo causal). Esa culpa no prestable es irrelevante en los deberes de fines -como lo es la culpa prestable-, y no es la ausencia de culpa que tiene cabida en los deberes de actividad [infra IV,d),ap. 5) a];

Por lo que respecta, el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala D, en el que actuamos como vocal ponente, confesamos que -a virtud de esa peculiar acepción del *casus*- no

pasó por nuestra mente en ningún momento la necesidad de exigir al deudor una prueba extrema (la ruptura de la relación causal) si hubiera podido liberarse probando la falta de culpa. Sucede que en la especie el paciente sufrió un daño ocasionado por una cosa riesgosa (un aparato intensificador de imágenes utilizado en el acto quirúrgico). En tales condiciones, y a pesar de no ser aplicable al art. 1113 parág. 2 supuesto 2 -por no encuadrar la cuestión en la órbita extracontractual (art.1107)-, lo cierto es que la clínica y el médico fueron deudores contractuales de una obligación de seguridad de naturaleza objetiva por la cosa utilizada. Por tanto, evidenciada la infracción dañosa sólo restaba a los demandados probar una causa ajena. Muy distinta sería la situación si el deber asumido frente al enfermo fuera de medios -como acontece normalmente en la actividad médica- ya que en tal caso la no culpa hubiera sido idónea para acreditar el cumplimiento de la prestación<sup>45</sup>.

4) En las obligaciones de fines de actor tiene que probar el incumplimiento (falta de resultado); no le basta con demostrar la existencia de la obligación y afirmar la inejecución<sup>46</sup>. En consecuencia, es lógico que en la porfía procesal, ante el intento del acreedor de probar el incumplimiento el deudor se anticipe y pruebe el incumplimiento (la obtención del resultado). Pero ello no excluye, reiteramos, que la carga de probar el incumplimiento recaer en cabeza del acreedor, y que patentizada dicha circunstancia el caso fortuito actúa como límite de responsabilidad.

Por tal razón, nos parece que el art. 1625 ap. 2 supuesto 2 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, pensando originalmente, fue bien reemplazado por el actual texto. Expresaba el artículo primitivo: «..Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió procurar un resultado determi-

<sup>43</sup> Belluscio, Augusto César, «Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios», LL 1978-C-30. En verdad, Borda -como señalamos en la nota anterior- alude a un incumplimiento liso y llano, que no reclama la prueba de la culpa, y que sólo habilita la exoneración del solvens con la revelación de resultado -comp. Alsina Atienza, Daimiro A., nota cit., p.590-). Pero Belluscio, parte de la premisa de que, según la concepción que él critica, la culpa se prueba en forma efectiva. De ser así, ello excluiría la factibilidad de hacer patente la causa ajena -como decimos en el texto

<sup>44</sup> Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...» cit.ps. 152 y 153.

<sup>45</sup> CNac. Civ. sala D, Astesiano, Alberto M. v. Policlínica Bancaria 9 de Julio, 7/9/84, JA 1986-I-221. En cuanto a la opinión de Brebbia y Compagnucci de Caso -que compartió también Trigo Represas- vertida en las 5as. Jornadas Sanrafaelinas, -tema: «Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva» (conf. «Temas de derecho civil», ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, ps. 111 y 112 y 116)-, nos parece que ella no se refiere a una conexión entre el caso fortuito y la culpa no prestable pues estos autores tienen muy claro que el *casus* excluye la relación causal -no es un factor de inculpabilidad- (ver opinión de Brebbia, en «Temas de derecho civil», cit. p.82). Nosotros analizamos la hipótesis y dejamos sentado el criterio que creemos más acertado (véase: «Responsabilidad civil de las clínicas...», cit., ps.209 a 212).

<sup>46</sup> En contra: Delgado Echeverría, Jesús, ob. y t. cits. p. 238

nado, corresponde a él probar su consecución...»<sup>47</sup>. Estimamos que la sola afirmación del cliente, en el sentido de que el profesional no cumplió, es insuficiente para hacer prosperar la demanda. Al cliente le cabe probar el incumplimiento (falta de resultado), sin defecto que el profesional demuestre el cumplimiento (la consecución del resultado) -actividad facultativa- enervando el propósito de aquél. O que si prevalece en la actividad probatoria el profesional -poniendo de manifiesto el incumplimiento- el cliente tenga que hacer patente el *casus*. En el reformado art.1625, citado, parecería que si el cliente invoca el incumplimiento, nada más, corre por cuenta del demandado la prueba del pago para evitar el éxito de la pretensión, cuando en rigor no es así.

El nuevo precepto incorporado al Proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, refiere que «...si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena...». Le criterio es elogiable en cuanto supone que corresponde al cliente probar la infracción que no obsta, por naturales e implícitas razones, a que este último pruebe el pago y paralice el intento de revelación del incumplimiento.

5) a) El art. 511 y muchos otros preceptos insertados en el Código Civil, en cuanto hablan de daños causados «por culpa: o «sin culpa» del deudor, no pueden interpretarse sin tener en cuenta el hecho de que en el época en que Vélez Sarsfield redactó el Código, y aún en nuestro tiempo, era y es común la creencia que la falta de culpa es equivalente al caso fortuito<sup>48</sup>.

La falta de culpa, o no era conocida o aparecía muy difusa, Aun más, tampoco aparece nítido ese tercer género cuando Demogue sistematiza la célebre división entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>49</sup>.

De ahí que, con arreglo a una mentalidad doctrinal antigua, puramente subjetivista, podría concluirse que en el Código Civil, sin culpa es igual al caso fortuito, y con culpa equivale a la culpa irrefragable o invencible -contra la cual sólo se puede intentar la fractura del no causal-. Esto es inatacable en los deberes de fines. Y en los deberes de medios, una mente evolucionada, a lo sumo, podría extraer del giro sin culpa la no culpa que eximiría de responsabilidad al deudor (inculpabilidad), sin perjuicio de que también pudiera eximirlo el *casus* (incausalidad). La culpa prestable ya no sería la irrefragable inexcusable -mera imputación legal de culpa-, sino la meritada por el intérprete con arreglo a lo dispuesto en los arts. 512, 902, 909 y concordantes, valiéndose del sistema concreto abstracto (o tornasolado) previsto por el Codificador<sup>50</sup>.

De otra parte, el art. 511 en cuanto parece consagrar un principio general de responsabilidad contractual por culpa, no puede interpretarse literalmente y aislado del resto del ordenamiento. Ya antes de la sanción de la ley 17.711 la doctrina admitía que en el viejo Código de Vélez Sarsfield existían numerosos supuestos de responsabilidad objetiva, contractuales y extracontractuales. Entre los primeros, podemos citar las obligaciones de seguridad objetivas, fundadas, básicamente, en el principio de la buena fe (art.1198 parág. 1), la responsabilidad del deudor contractual por acto ajeno, la emergente de los artículos 1118 y 1119, la derivada de la evicción y vicios redhibitorios, el deber resarcitorio engendrado en la violación de las obligaciones genéricas, etc.<sup>51</sup>. En materia extracontractual la responsabilidad subjetiva de los arts. 1067 y 1109, en lo esencial, no pudo resistir al arrollador avance de la responsabilidad objetiva. El deber del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 parág. 1), la responsabilidad del dueño o guardián de un animal doméstico o feroz -con excepción de la hipótesis del art.1127 (factibilidad de probar la no culpa cuando se escapó un animal doméstico)-, la obligación de reparar del guardián

<sup>47</sup> Este parecería ser el pensamiento de Alterini, cuando dice que - de ordinario- en las obligaciones de resultado el deudor si pretende librarse está precisado a demostrar que cumplió.

<sup>48</sup> Conf. Delgado Echeverría, Jesús, ob. y t. cit., ps. 257 y 258.

<sup>49</sup> Repárese que Llambías niega que exista la no culpa en la órbita contractual, y refiere que donde termina la culpa comienza el caso fortuito («*Tratado de derecho civil. Obligaciones*» ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t.II, n.172, p.213, nota n.67), siguiendo a René Savatier.

<sup>50</sup> Bueres, Alberto J., «*Responsabilidad civil de los médicos*», cit., p. 196 y siguientes.

<sup>51</sup> Sobre los dos últimos supuestos mencionados en el texto, ver: Mosset Iturraspe, Jorge, «*Responsabilidad por daños*», cit., t. p.126; Ramella, Anteo, «*Los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil y las V Jornadas de Derecho Civil*», separata de la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, n.120, 32a. serie, 1978, p.193.

de una cosa en el dominio del art. 1113 -sustentada en el riesgo o la garantía- (con independencia de la responsabilidad subjetiva del dueño contemplada por el hoy derogado art. 1133<sup>52</sup>.

Con la posterioridad a la sanción de la ley 17.711, las responsabilidades objetivas por equidad del art. 907 parág. 2 y por el abuso del derecho del art. 1071, pueden funcionar en las órbitas contractual y extracontractual<sup>53</sup>. Y en materia extracontractual, el art. 1113 parág. 2 supuesto 2, consagró la responsabilidad del dueño o guardián por la acción autónoma de las cosas y a título de riesgo.

Es evidente, pues, que la mens legislatoris (de Vélez Sarsfield), no sólo que no es la mens regis del propio Código Civil, sino que no es, tan siquiera, por obvias razones cronológicas, la mens legislatoris del reformador del año 1968 (y la ley 17.711 incorporada al Código Civil). Nos preguntamos: ¿qué ha quedado del art. 1109, interpretado conforme a su aparente sentido originario? Según esta opinión, el precepto comprende los daños causados con su cuerpo y algunas pocas situaciones dañosas (la traba indebida de medidas cautelares). De acuerdo a otro criterio, un poco más lato, el art. 1109 regiría los supuestos mencionados, y aquellos de daños causados por el hombre utilizando cosas que responden dócilmente a su designios (las lesiones ocasionadas con un cuchillo o un revólver), en tanto que el art. 1113, en su párr. 2, contemplaría el nocimiento provocado por las cosas que son peligrosas en sí mismas pero que deben ser guardadas o vigiladas por el hombre (presunción de culpa; supuesto 1), y por las cosas peligrosas o viciosas (presunción de responsabilidad a título de riesgo; supuesto 2).

Es más; el avance de la responsabilidad objetiva desborda el hoy estrecho marco del art. 1109 y, además, tiende a arasar hasta con las presunciones de culpa que se suponían vigentes en el dominio de algunos preceptos. Así, pues, Mosset Iturraspe estima que la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores reviste naturaleza objetiva (arts. 1114 - ahora modificado por la ley 23.264 1115 y 1116)<sup>54</sup>.

En resumidas cuentas; así como la culpa ya no puede elevarse a categoría de principio general en materia extracontractual, tampoco puede hacérselo en el sector contractual del art. 511 y sus concordantes. Por tanto, cuando ciertos artículos del Código dicen sin culpa del deudor, ha de entenderse que quieren significar sin responsabilidad del deudor. Si el deber es de medios esa falta de responsabilidad surgirá de la evidencia de la inexistencia de culpa o del casus; si el deber es de fines sólo de la demostración de una causa ajena. Cuando la ley expresa por culpa del deudor, ello equivale a decir que hay responsabilidad del solvens. En los deberes de medios se estará apuntando a la culpa que supone ponderación entre la conducta obrada y la conducta debida (arts. 512, 902, 909 y concordantes), mientras que los deberes de resultado la expresión irá referida al deber objetivo del deudor derivado del afianzamiento de un resultado - insatisfecho- (o bien, para los subjetivistas amantes de la ficciones, a la culpa inexcusable sólo vencible por el casus<sup>55</sup>.

b) Párrafo aparte merece el significado de no culpa, ausencia de culpa o falta de culpa, como tercer género situado entre el confín de la culpa y el casus. Badosa Coll, señala que en vista de la existencia de un modelo abstracto de comparación, la culpa

<sup>52</sup> Bueres, Alberto J., «El acto ilícito», cit., ps. 49 a 61

<sup>53</sup> Sobre la equidad conf. Salas, Acdeel, E., ob. cit., p. 376; Garrido, Roque y Andorro, Luis, «Reformas al Código Civil. Ley 17.711» comentada, Ed. Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 158. En cuanto al abuso de derecho, Viney puntualiza que en alguna ocasión, la Corte de Casación Francesa estableció que la violación de un contrato mediante abuso del derecho -al igual que las violaciones de esta índole al margen de todo nexo negocial- aparejan responsabilidad aquiliana. La autora crítica, con razón, la postura de la Corte, pues si se trasgrede la norma de un contrato, el deber de reparar es contractual -> cette solution, a varti direassez inexplicable pour l'abus d'un droit issu du contrat lui-meme-. Y cita en refuerzo de la posición contractualista a Huet, de la Massuet y Durry (ob. cit. p. 228).

<sup>54</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, «La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia», LL. 1979-B-523. Esta opinión está cobrando cuerpo en la doctrina española, a propósito del texto del art. 1903 parág. 2 CC., hispánico, pues hay autores, como Rogel Vide y León González, que suponen que la presunción allí establecida no puede dejarse de lado por la simple prueba de la ausencia de culpa (ver el estado de la cuestión, en: De Angel Yagüez, Ricardo, «La responsabilidad civil», ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, ps. 122 a 126).

<sup>55</sup> Recordamos que Díez Picazo entiende que la responsabilidad por el *Id quod interest* no se fundamenta en la culpa, y el régimen a aplicar es el mercado por los arts. 1182 a 1184 (ob. y t. cit., ps. 704 y 705). Estos preceptos se refieren a la pérdida de la cosa debida, y en ellos se habla de pérdida o destrucción del objeto «sin culpa» del deudor (art. 1182), o de que, si la cosa se pierde en poder del deudor se presumirá que ello ocurrió «por culpa y no por caso fortuito» (art. 1183), etcétera. En cuanto al asunto en nuestro Código Civil, conceptuamos que en una futura reforma legislativa habría que corregir los artículos que con impropiedad aluden al comportamiento del deudor «por culpa» o «sin culpa», ya que la doctrina y la jurisprudencia prescindieron de la letra de tales textos. Además, debería efectuarse una depuración del Código, derogándose los preceptos que proporcionan soluciones inaceptables (acso del art. 1572).

en general es la transgresión de ese modelo en cualquiera de sus grados. La culpa prestable, es el quebramiento del modelo en el grado jurídicamente exigible en el caso concreto; y la culpa no prestable es la vulneración del modelo en un grado o grados no exigibles (el autor piensa que la culpa no prestable coincide con la culpa prestable en que es culpa -infracción de diligencia-, y con el caso fortuito en cuanto a su efecto: la exención de responsabilidad<sup>56</sup>.

Y bien ¿probar la no culpa es revelar que no se incurrió en una culpa prestable, o es preciso hacer patente que ha mediado una culpa no prestable ?

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en el art. 514 párr. 2 dice que hay incumplimiento «sin culpa» cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación.

En general, la doctrina se pronunció en contra de lo expresado por el sobredicho art. 514 en su dicción textual, pues se entiende que probar la no culpa es poner en evidencia que el deudor obró con la prudencia y diligencia reclamadas por la naturaleza de la obligación. No ha de exigirse al solvens la prueba de que para satisfacer la prestación, debería evidenciar una diligencia superlativa, extraordinaria, algo fuera de lo común, atendiendo a la índole de la obligación<sup>57</sup>.

En consecuencia, probar la no culpa es demostrar que el deudor no incurrió en la culpa prestable que será la culpa común o corriente, de habitual, y ha de ser la culpa leve en concreto por excepción (arts. 512, 902, 909, 1724, 1908, 2202, 2291, etc.). Esta es por lo demás la acepción que creemos fue captada por la doctrina nacional.

<sup>56</sup> Badosa Coll, Ferrán, ob. cit., ps. 689 y 690.

<sup>57</sup> Trigo Represas, Félix A., «La Responsabilidad civil en el anteproyecto...», citps. 874 y 875.

<sup>58</sup> Llambías, Jorge J., ob. y t. cits. n.171, p.211.

<sup>59</sup> Llambías, Jorge J., ob y t. cits. n. 206, p.251, nota nro. 186, donde critica la solución del art. 1572 - diferente de la del Código Francés -

<sup>60</sup> La calificación de la obligación del comodatario (art. 2266), ha suscitado alguna perplejidad en la doctrina. Cazeaux, dice que es un supuesto de culpa leve en concreto (ob. y t. cits., p.387), mientras que Roque F. Garrido y Jorge A. Zago, suponen que la diligencia exigida es la del buen padre de familia («*Contratos civiles y comerciales*» ed. Universidad, Buenos Aires, 1988, t.II p.702). De razonarse así, estaríamos frente a una obligación de medios. Nosotros pensamos que al no aludir la ley a un modelo de conducta determinado, si hubiese culpa (a meritar) habría que recurrir a los principios de los arts. 512, 902 y 909. De todas formas no hay motivos para entender que la obligación en análisis tiene una esencia distinta a la de los arts. 1416, 1561 o 1836, de donde concluimos que en ella se afianza un resultado.

<sup>61</sup> Se ha dicho que la violación de esta obligación hace nacer una presunción *juris tantum* de culpa en contra del depositario (Borda, Guillermo A., «*Tratado de derecho civil argentino. Contratos*», ed. Perrot, Buenos Aires, 1974, t.II, n.2033, p.648), desvirtuable -acotamos nosotros- a base de la demostración de una no culpa referida al modelo *quam in suis*.

c) En otro orden de ideas ¿es posible demostrar la falta de culpa en algunas obligaciones de resultado?

Contestamos decididamente que no. Es los deberes de fines de prueba de la diligencia del deudor no está autorizada, sea que la no culpa se conciba como revelación de una actitud que no importa culpa prestable, bien como el dejar de resalto de que se violó el modelo inexigible (culpa no prestable).

Los casos mencionados por Alterini (n.17) se refieren a obligaciones de resultado o a obligaciones de medios. Entre los primeros podemos ubicar, por ejemplo los supuestos de los art. 1416, 579, 581, 603, 610 y 612 del Código Civil, y art. 476 del Código de Comercio, en la compraventa<sup>58</sup>; el caso del art. 1561 en la locación de cosas<sup>59</sup>; el del art. 1836 en la donación; y el del art. 2266 en el comodato<sup>60</sup>. En cuanto a la hipótesis de obligaciones de medios, encontramos en el listado, el supuesto de los arts. 2202 y 2210 referidos al depósito regular - en el cual la culpa restable es la excepcional culpa leve en concreto (cuam in suis)<sup>61</sup>.

En correspondencia con ello, advertimos que si bien el último caso citado (arts. 2202 y 2210) vendría a encuadrar en las que Viney llama obligaciones de resultado atenuadas, en tanto se siga que la pérdida o deterioro de la cosa depositada hace nacer una presunción de culpa del depositario<sup>61</sup>, lo real es que esos deberes jurídicos calificados constituyen obligaciones de medios. Y en los restantes casos que mencionamos en el párrafo anterior, en que están implicadas obligaciones de fines, la diligencia del deudor está descartada de plano; el giro sin culpa es igual a sin responsabilidad (casus) y la expresión con culpa quiere significar que hay responsabilidad objetiva del solvens.

## V. REFORMULACION DEL DISTINGO ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.

a) La clasificación de las obligaciones de medios y de fines ha sido adjudicada incesantemente a René Demogue, de quien se dice habría sido inventor de la categoría<sup>62</sup>. Sin embargo, la opinión autorizada entiende que ya existían rastros de ella en el derecho romano, en la obras alemanas de Fischer y Berhoft, en la obra italiana de Osti, y en las investigaciones francesas como las de Domat y Planiol<sup>63</sup>. Como quiera que sea, Demogue difundió la doctrina y utilizó por primera vez la terminología obligations de moyens et obligations de resultat.

En cuanto al pensamiento de este último autor (Demogue) sobre el tema, él consideraba que en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento engendra una persecución de culpa del deudor (fute présumé), la cual solo podía ser desvirtuada con la prueba del caso fortuito. En cambio, en las obligaciones de medios, corresponde al acreedor demandante la prueba de la culpa del deudor demandado (faute prouvée) y éste podrá plasmar su diligencia (no culpa) o el caso fortuito. La clasificación, así concebida es válida para las dos esferas de responsabilidad<sup>64</sup>.

La rigidez del esquema de Demogue, en el cual la diferenciación de obligaciones de medios y de fines, al estar siempre fundadas en la noción de culpa, sólo parecería tener importancia a los efectos de marcar el régimen de la prueba de dicho elemento subjetivo, tal vez comenzó a hacer crisis en esa formulación estática con las objeciones realizadas por Paul Esmein<sup>65</sup>. Este autor advirtió que en materia contractual podían existir cuatro posibilidades en orden a la prueba, a saber: 1) obligaciones en que la culpa debe demostrarse por el acreedor; 2) obligaciones en que la culpa se presume iuris tantum y, consecuentemente, el deudor puede probar la no culpa para eximirse de responsabilidad; 3) obligaciones en que la culpa se pre-

sume inexcusablemente, y el demandado sólo puede probar el casus; y 4) obligaciones en que la culpa se presume inexcusablemente y el deudor responde aunque haya ocurrido un caso fortuito<sup>66</sup>.

Quizás estas reflexiones llamaron la atención sobre el hecho de que, a veces, probada la infracción dañosa nacía una presunción de culpa (relativa) venible por la no culpa.

Genevière Viney cree que en tales casos existen obligaciones de resultado atenuadas, mientras que en los casos en que únicamente libera la causa extraña hay obligaciones de resultado agravadas. Y luego de puntualizar que las obligaciones de fines atenuadas no aparecen con frecuencia en la ley, menciona dos ejemplos de ellas. El art. 1732 del Code Civil estatuye que el locatario responde de las pérdidas causadas durante el tiempo que usa la cosa, a menos que pruebe que ello tubo lugar sin culpa suya. A su vez, el art. 38 de la ley del 18 de junio de 1966 sobre el fletamento y el transporte marítimo, dispone que el transportador es responsable de la muerte y de los daños que sufran los viajeros a causa del naufragio, abordaje, echazón, explosión, incendio o cualquier otro siniestro mayor, salvo prueba a su cargo, de que el accidente no es imputable a su culpa o a la de sus dependientes<sup>67</sup>.

En nuestro país, se pensó que la división de las obligaciones de medios y de resultado regía en materia contractual, pero que no era factible extenderla al ámbito aquiliano, ya que en éste existía un tercer género: el de los daños provocados con las cosas (art.1113 parág 2 supuesto 1), donde es viable probar la no culpa<sup>68</sup>. También la clasificación fue tildada de imperfecta al caerse en la argañaza que supone el concebir la hipótesis contemplada en la susodicha norma legal -presunción de culpa del dueño o guardián de la cosa- como una obligación de resultado<sup>69</sup>.

Nosotros señalamos antes de ahora que el supuesto de daños causados con las cosas, no conforma un

<sup>62</sup> Le Toruneau, Phillippe, ob. cit., n.1303, p.415.

<sup>63</sup> Jordano Fraga, Francisco, « Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico ». Revista de legislación y jurisprudencia, enero 1985, Madrid, p.38; Yzquierdo Tolsada, Mariano, ob.cit.,p.224 y 225; Galli, Enrique V., nota cit.,p. 9; Alterini, Jorge H., nota cit.,p.702.

<sup>64</sup> Reiteramos que la falta de culpa no siempre fue captada con exactitud (supra nota n.49).

<sup>65</sup> Esmein, Paul, « Le fondamente de la responsabilité contractuelle », Revue trimestrelle de droit civil, 1993, p.627 y siguientes

<sup>66</sup> Estas últimas, son las que algunos autores llaman *obligaciones de garantía* (conf. Salas, Acdeel E., ob.cit.,p.371).

<sup>67</sup> Viney, Genevieve, ob.cit.ps.639 y 640

<sup>68</sup> Alterini, Atilio A., Ameal Oscar J. y López Cabana, Roberto M.,ob. y t. cit., n.1223, p.178.

<sup>69</sup> Zannoni, Eduardo A., « Obligaciones de medio y de resultado. Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo », JA 1983-II-170 a 172.

tertium quid, ni constituye una obligación de resultado, sino que es un deber de medios similar al que fluye del art. 1109. Simplemente, ocurre que si el alterum non laedere se infringe con una cosa la carga de la prueba de la falta de culpa se pone a la cuenta del demandado por razones de política legislativa, concediéndosele, de tal suerte la posibilidad de liberarse sin necesidad de revelar la causa ajena<sup>70</sup>.

Podría suponerse que las diferencias entre nuestra postura y la de Viney son sólo terminológicas -o didácticas-, pues según esta autora habría casos en que el actor ha de probar la culpa, caso en que la culpa se presume y el demandado tendrá que demostrar la no culpa y, en fin, supuestos en que la falta de resultado sólo permite la eximición de responsabilidad a través del casus. Y en todo esto coincidimos. Pero creemos que la cuestión excede los límites del léxico y de la pedagogía. Efectivamente: ¿por qué llamar obligaciones de resultado, aunque sea atenuadas o aligeradas a unos deberes en los cuales la falta de tal resultado es tan sólo una infracción de estructura, funcionalmente irrelevante, en el modo en que ello acontece en las obligaciones de medios?. En verdad, en las obligaciones en que hay culpa a probar y en las que la culpa se presume iuris tantum, el incumplimiento funcional es la culpa y el cumplimiento la no culpa; la culpa opera como componente de ese incumplimiento funcional y, a un tiempo, como factor de atribución. En cambio, en las obligaciones de resultado -las que Viney llama agravées- el incumplimiento -estructural y funcional- es la falta de realización del fin y el criterio legal de imputación tiene carácter objetivo.

Conforme se aprecia, la circunstancia de que la falta de resultado en ciertas ocasiones haga presumir la culpa (de forma relativa) es algo meramente formal. La ley pone la carga de la prueba de la no culpa al demandado por considerarlo más justo. Pero la esencia de estas obligaciones -mal llamadas de resultado atenuado- y las de las de medios (con culpa a probar) es la misma, y resulta diferente de la esencia de las obligaciones de resultado agra-

vadas. En resumidas cuentas, las obligaciones de resultado atenuadas de Viney, no constituyen una tercera categoría y son tan obligaciones de medios como aquéllas en las que el onus probandi recae en cabeza de pretensor.

b) En el derecho español, y en relación con el art. 1902 del Código Civil -similar a nuestro art. 1109 antiguamente se exigía la prueba de la culpa a la víctima. Pero desde varios años, por aplicación de los principios de expansión de la carga probatoria o de la relga pro damnato, se considera por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es al demandado a quien incumbe demostrar su diligencia<sup>71</sup>.

Esa inversión de la carga probatoria -como suele pragmáticamente afirmarse- no entraña un trastocamiento de la obligación de medios que incuestionablemente surgía a consecuencia de la originaria interpretación del art. 1902 (la víctima ha de probar la negligencia), en la obligación del resultado. Reiteramos sobre el particular todo lo dicho antes. Verdaderamente, no existen diferencias entre el art. 1902 -con arreglo a uno u otro régimen probatorio-; ni tampoco las hay entre el deber de conducta allí consagrado y el que emerge del art. 1382 del Código Francés o de nuestro art. 1109 en cuyos dominios el demandante tiene que probar la culpa del demandado, según lo admiten las opiniones doctrinales y pretorianas.

Desde otra perspectiva, el deber asumido por el médico es considerado en general -lo cual significa que existen algunas excepciones- como una obligación de actividad. De ahí que se entendió siempre, o casi siempre, que el paciente tiene que probar la culpa del facultativo. Sin embargo, en Francia con cierta frecuencia se decidió, por aplicación de las teorías de la faute virtuelle o de la présomption de faute, que patentizado el daño incumbe al médico dar la prueba de que cumplió (no culpa) o de que ese nocimiento proviene de una causa ajena<sup>72</sup>. También la Corte de Casación italiana recogió la idea en un fallo del 21 de diciembre de 1978. Y, asimismo, en España, y para algunos

<sup>70</sup> Trigo Represas, Félix A., «Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores», LL 1981-A-694; Bueres, Alberto J., «Responsabilidad civil de las clínicas...» cit., ps. 165 y 166, y «Responsabilidad civil del escribano», cit., p. 75. La agravación de la responsabilidad del deudor en ciertas obligaciones de resultado por la restricción de los eximentes, -asunción del casus o de ciertos casos fortuitos, exclusión de la culpa grave, etc.- (ver: Viney, Geneviere, ob.cit., p.640), no entraña un resquebrajamiento de la clasificación, ni desnaturaliza el deber de fines. Hay unas particularidades insustanciales, pues lo único importante es que la culpa -como factor de atribución- no desempeña ningún papel. Esto guarda parentesco con las obligaciones de garantía (supra nota n.66), que son deberes de fines como lo acepta la propia Viney, apoyándose en la opinión doctrinal mayoritaria, y anotando que Boris Starck las llama obligaciones de resultado absolutas.

<sup>71</sup> Cavanillas Mujica, Santiago, «La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia», ed. Aranzadi S.A. Pamplona, 1982, p.21 y ss.; De Angel Yegüez, Ricardo, «La responsabilidad civil», cit., p.60 y siguientes.

<sup>72</sup> Al margen, existe una tendencia enderezada a ampliar el número de obligaciones de resultado del médico.

supuestos puntuales, se invirtió la carga probatoria de la culpa galénica, bien por las dificultades demostrativas con que se enfrenta el paciente -una fase del amplio espectro que ocupa el pro damnato-, sea por aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al artículo 1902<sup>73</sup>.

En torno a esto último, en nuestro país, aún cuando la opinión autoral mayoritaria conceptúa que el paciente debe probar la culpa médica, lo real es que alguna opinión -autorizada, por cierto- abogó por aplicar la tesis de la presunción iuris tantum de culpa (desvirtuable por la no culpa)<sup>74</sup>. No obstante, el art. 1625, punto 2), del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en cuanto para el caso de controversia pone a cargo del profesional la prueba de la no culpa (art. 513 del referido proyecto), fue recibido con beneplácito por casi todos los autores (nosotros lo defendimos en cuantas oportunidades se nos presentó).

En definitiva, estimamos que cualquiera sea la directiva probatoria, la obligación del médico -que es el ejemplo paradigmático elegido- es invariablemente de medios. En rigor, siempre está en juego *la culpabilidad* del deudor; y esto es lo que vale.

## VI. RECAPITULACION. NUESTRO PENSAMIENTO DEFINITIVO. ¿OBLIGACIONES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS?

a) De todo cuanto llevamos dicho hasta ahora, obtenemos que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, tal como fuera perfeñada por Demogue, carece de envergadura que con justicia, tuvo, habida cuenta del proceso evolutivo operado en la materia. De cualquier manera, esa sistematización del jurista francés, efectuada en base a ideas lanzadas por otros autores, fue fundamental para que hoy podamos dar solución al tema de la responsabilidad contractual -que no es diferente al de los deberes reparatorios aquilianos-

b) Visto así el asunto, la clasificación de Demogue tiene en este momento un valor relativo como utillaje probatorio, ya que en las obligaciones de medios hay supuestos en que la culpa debe ser probada por quien la aduce, y supuestos en que evidenciada la infracción dañosa -incumplimiento estructural- la culpa se presume iuris tantum incumbiendo al demandado suministrar la prueba de su diligencia. En este aspecto, aunque no nos

atreveramos a afirmar que el alcance de la estática división de Demogue es subsidiario o residual, lo cierto es que dicho alcance se encuentra limitado, dado que la prueba de la culpa sólo será requerida al actor cuando la ley, de modo expreso e implícito, no marque un inversión del onus probandi (y estas inversiones tienden a incrementarse paulatinamente). En cambio, en las obligaciones de resultado subsistirá el régimen de Demogue (a despecho de la irrelevancia de la culpa como criterio legal de imputación: probado el incumplimiento -y no probada la obligación e invocada su exigibilidad como desafortunadamente se afirma a veces-, toca al demandado patentizar una causa ajena para eximirse del deber de resarcir en ciernes).

c) A nuestro modo de ver, la verdadera importancia, la real dimensión del distingo clasificatorio en análisis, está dada por la diversidad existente en el factor de atribución -hecho que determina cuáles son las eximentes de responsabilidad a utilizar en cada caso-. El referido distingo, pues, más que un secundario y menguado valor procesal, tiene un relieve substancial. Así las cosas, en las obligaciones de medios -en las que tiene vigencia la no culpa- el criterio legal de imputación es la culpa, mientras que en las obligaciones de resultado -en las cuales la diligencia del solvens queda fuera de cuestión-, el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.).

Si nos atenemos al momento preciso del incumplimiento auténtico de la prestación (etapa de responsabilidad), los deberes de actividad y de fines, pueden ser calificados como obligaciones subjetivas u objetivas, respectivamente ya que, abreviando pasos, desde el punto de vista del léxico, en las primeras la imputación jurídica de la perturbación a la prestación es subjetiva y en las segundas tiene carácter objetivo.

d) Estos principios son válidos en el ámbito contractual, para el tratamiento del id quod interest o aestimatio rei (un capítulo de la responsabilidad amplia -art. 505-) y de los mayores daños al margen de la prestación. También rigen el daño negativo derivado de la ineficacia negocial iato sensu (sin perjuicio que se siga que tal detrimento es contractual o aquiliano). Y, asimismo, resultan extendibles al plano extracontractual, circunstancia que confirma la unidad sistemática del fenómeno resarcitorio que hemos apuntalado tantas veces.

<sup>73</sup> Sobre todo esto, ver: Jordano Fraga, Francisco, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», cit., p.75 y siguientes.

<sup>74</sup> Véase página siguiente.

## VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

A modo de colofón, podemos anotar las siguientes conclusiones:

1.- La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado tiene exigencia, es de suma utilidad y surge virtualmente del ordenamiento en su conjunto.

2.- Sin embargo, la evolución de las ideas determinó que la clasificación pensada por Demogue, sumamente estática en punto a la materia probatoria, y sostenida de forma exclusiva en culpabilidad, ha sido en buena parte superada, a consecuencia del afinamiento y de la profundización de los estudios, y de la propia incidencia de la realidad social. Como quiera que sea, no pueden restarse méritos a la sistematización de Demogue, pues sus ideas constituyeron los cimientos de las ideas de nuestro tiempo.

3.- En materia probatoria el pensamiento de Demogue es válido para los deberes de fines (probada la falta de resultado incumbe al demandado dar la prueba del caso fortuito). Pero en lo

que hace a las obligaciones de medios tiene un alcance limitado, ya que ahora se ha advertido que hay casos en que el actor tendrá que probar la culpa -como suponía Demogue- y otros en que la culpa se presume iuris tantum y tocará al solvens la demostración de la no culpa -al margen de la factibilidad de evidenciar un casus-. En suma; la prueba de la culpa al actor sólo será exigida cuando la ley, expresa o implícitamente, no disponga lo contrario.

4.- La verdadera importancia de las obligaciones de medios y de resultado, radica en que, en las primeras, el factor de atribución es subjetivo, mientras que en las últimas, dicho factor tiene carácter objetivo. Si nos atenemos, pues, a la infracción contractual, los deberes de actividad son subjetivos y los de fines son objetivos.

5.- La no culpa supone una actuación prudente y diligente del deudor de acuerdo con la índole de la obligación -y con arreglo a lo dispuesto en el art. 512-.

6.- La no culpa (o falta de culpa) sólo funciona en los deberes de medios y, por lo mismo, es total-

<sup>74</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. «Responsabilidad civil de los médicos», ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, ps. 320 y 321. No computamos aquí la opinión del maestro Mosset Iturraspe, ya que para éste la obligación del médico -referida a la asistencia del paciente-, funciona como un deber de resultado, al no permitirse al facultativo la prueba de su diligencia («Responsabilidad civil del médico», ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 133 y ss., 210 y 211). Desde otra contemplación, el Profesor Brebbia durante el transcurso de una mesa redonda que abordó el tema de la responsabilidad profesional (Rosario, 6 de octubre de 1988), y en la cual intervino el Dr. Luis O. Andorno y nosotros, sostuvo que en las obligaciones de resultado la responsabilidad es subjetiva, pues ello se posibilitaría la exclusión de dicho deber de resarcir ante la falta de discernimiento o frente a los vicios de la voluntad. Creemos que el autor de un acto involuntario, así como no puede ser culpable, tampoco habrá de responder en forma objetiva cuando se asegure la prestación. Al menos ello será la corriente o normal. En el marco de la responsabilidad extracontractual, se dijo que en el riesgo dinamante del art. 1113 parágrafo 2 supuesto 2, la ausencia de discernimiento era irrelevante para excluir el deber reparatorio del dueño o del guardián (Blebbia, Roberto H., «Hechos y actos jurídicos», ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t.I, p.175 -coincidiendo con la opinión de Borda-). En las Primeras Jornadas de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, año 1981, tema: «El art. 1113 del Código Civil. Supuestos allí contemplados», a raíz de una ponencia que formulamos con Carlos A. Gherzi, se entendió que un sujeto sin discernimiento (p. j.: el insano) no podía ser guardián, ya que al estar impedido de ejercer control sobre la cosa (guarda intelectual) no puede poner el riesgo en acción (ver: Bueres, Alberto J. «Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos», cit. ps. 193, ss. y 275 y ss.). Adhirieron al criterio, entre otros, Trigo Represas, Pardo, Goldemberg, Ramella, Compagnucci de Caso y el propio Brebbia. Por su lado, Pizarro admite esta solución, salvo en la hipótesis en que el sujeto sin discernimiento es quien se sirve de la cosa (ver: «Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa», ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, ps. 498 a 505)...», d.e todos modos, estimamos -en torno a este oscuro problema al cual por lo común le ha rehuído la doctrina universal- que en la esfera contractual, por la regla general (lo que significa que puede haber excepciones), el incumplimiento tiene que ser un acto voluntario, no sólo en los casos en que puede promediar culpa (obligaciones de medios), sino en los supuestos de responsabilidad objetiva (obligaciones de fines). Nos parece que la falta de discernimiento (Inimputabilidad) excluye el crédito a la seguridad especial -que es factor de atribución- ya que la ausencia de voluntad (art. 900), obsta a que pueda desenvolverse la buena fe probidad, el respeto a la palabra empeñada, la cooperación que supone la obligación, etc. Y lo mismo ocurre en los casos en que el deudor fue víctima del dolo o de la intimidación. Más discutible es el caso del error, por el particularismo de su excusabilidad. Aunque el asunto es muy dudo -advertimos, que, la culpa no es un error de conducta, sino un defecto de conducta que en ciertas ocasiones puede ser causado por un error *inexcusable*. Si en cambio hubiera error *excusable* (el que no proviene de una *negligencia culpable*-art. 929-) quedaría excluida la intención y, por tanto, no habría culpa. En este orden de ideas, podría afirmarse que la no culpa -o falta de culpa- (*tertium quid* entre la culpa y el casus) -que supone un acto voluntario del deudor-, o el error excusable que excluye la intención, son aspectos de la culpabilidad, en el plano de voluntariedad o de la involuntariedad, respectivamente. Y por este camino, se llegaría a concluir que si en la responsabilidad objetiva es irrelevante que el deudor *haya actuado sin incurrir en culpa alguna*, el error no podría conmovir el funcionamiento del crédito a la seguridad objetiva -que es factor de atribución en la obligación de resultado-. Pero también podría sostenerse, y con verdadera fundamentación, que si bien es verdad que la culpa y la no culpa no tiene cabida en el deber de fines, ello es a condición de que preexista un *acto voluntario* del deudor. Si no hay voluntad, no hay *seguridad*. Lo objetivo de la responsabilidad apunta a que no puede discutirse la diligencia o la negligencia del deudor que actuó con *conciencia y voluntad*, pero no alcanza a la *involuntariedad* -aunque para exhumar éste haya intervenido un error inculpable-.

mente intrascendente en los deberes de resultado.

7.- Estas premisas hacen sucumbir la postura subjetivista que imperó durante años en tema de contratación. Efectivamente, la responsabilidad contractual podrá ser subjetiva u objetiva. Y aunque no hay relación de jerarquías entre una y otra, en verdad, la preponderancia cuantitativa de las

obligaciones de resultado, permite considerar que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva, y en el menor de los supuestos se sustentará en la culpa.

8.- Los principios inherentes a la responsabilidad contractual pueden hacerse extensivos a la responsabilidad extracontractual.