

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Extremadura

*A la memoria del profesor Lacruz, de
quien tantos aprendimos (y seguimos
aprendiendo) tanto.*

SUMARIO: I. Preliminar.—II. El establecimiento de la distinción por el diverso modo de concebir el objeto de las obligaciones de hacer.—III. Crítica terminológica de la distinción: fácil superabilidad de la misma.—IV. La relevancia jurídica de la distinción: A) el cumplimiento de la obligación; y B) *A contrario sensu*, la determinación de la infracción o contravención de la obligación.—V. El juicio de responsabilidad en ambos tipos de obligaciones, una vez no (exactamente) cumplidas.—VI. En particular, la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual a las obligaciones de hacer de medios: A) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria general de cualquier deudor no cumplidor. B) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria específica del deudor no cumplidor en las obligaciones de medios.—VII. Repercusiones de todo lo anterior en el terreno de la carga de la prueba: A) Carga de la prueba del acreedor que pretende la responsabilidad contractual; y B) Carga probatoria del deudor no cumplidor que pretende eludir la responsabilidad contractual.—VIII. Conclusiones (a modo de recapitulación sumarisíma).

I. PRELIMINAR

Este trabajo responde a la generosa invitación realizada por la Comisión académica zaragozana, organizadora del Libro Homenaje al profesor Lacruz, si bien que, al no haber sabido ajustarse a las lógicas limitaciones de espacio impuestas por aquella, aparece, con su consenti-

miento, como pieza separada de dicho Libro, manteniendo, sin embargo, su carácter y dedicatoria (en unidad de espíritu con él, ya que no de cuerpo, pues).

El tema escogido para ello, aun siendo bastante concreto en sí, se constituye en obligada encrucijada de algunos de los grandes temas del Derecho de obligaciones. En particular, de, al menos, estos tres, por otra parte lógicamente concatenados: 1) la definición del objeto de la obligación: del contenido de la prestación; 2) a partir de lo anterior, la determinación, por ende, de cuándo la obligación se cumple, y cuándo no; y 3) sobre esta base, por último, establecer cuándo en defecto de exacto cumplimiento de la obligación infringida, el deudor de la misma responde, y cuándo, por el contrario, pese a esa ausencia de exacto cumplimiento, puede eludir la responsabilidad contractual.

Naturalmente, la consideración de estos grandes temas, se hará desde la perspectiva limitada del objeto inmediato de nuestro estudio (y, obvio es decirlo, procurando ajustarse, a la postre, como se ve, sin excesivo éxito, a las márgenes que impone la ocasión de estas reflexiones).

A este mismo asunto, ya he consagrado, con anterioridad, alguna atención (1), pero la aparición, de un lado, de recientes fallos jurisprudenciales al respecto (2), y la consideración, de otro, de alguna doctrina reciente —en parte propensa a hipervalorar, según creo, las consecuencias de la distinción de que se habla—, me han estimulado a retomar el mismo argumento, para reafirmar y aclarar mis puntos de vista sobre él.

II. EL ESTABLECIMIENTO DE LA DISTINCION POR EL DIVERSO MODO DE CONCEBIR EL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

Como ya ha quedado anteriormente señalado, la contraposición de las dos categorías de obligaciones de hacer, de las que aquí hablamos, se establece por su objeto: por la diversa manera de definir el contenido de la prestación del deudor —lo debido por éste y lo que, por tanto,

(1) En concreto, en: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, y allí, espec., pp. 100 y ss., 169 y ss., 172 y ss., 229-230, 232-233, 266 y ss., y 456 y ss.; “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico” en *RGLJ*, 1985, p. 29 y ss., y allí espec., p. 36 y ss., y 59 y ss.; “La responsabilidad contractual (primer y último repaso)”, en *ADC*, 1988, p. 817 y ss., y allí, espec., *sub IV*, p. 825 y ss.

(2) El modesto, pero creo que significativo, *corpus* jurisprudencial al que se limitará mi análisis, viene constituido por las siguientes sentencias TS: 26 mayo 1986 (*R.A.* 2.824); 13 julio 1987 (*R.A.* 5.488); 12 febrero 1988 (*R.A.* 943); 12 julio 1988 (*R.A.* 5.991); 17 junio 1989 (*R.A.* 4.696); 7 febrero 1990 (*R.A.* 668); 12 febrero 1990 (*R.A.* 677).

el acreedor puede legítimamente exigirle como contenido de su derecho de crédito—, en uno y otro caso (3).

En particular, como ha señalado MENGONI (4), la distinción se instaura, a partir de la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o realización de aquel *interés primario* del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye, nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad.

En el primer caso —obligación de resultado— el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste.

En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor —en lo debido por éste— el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada.

Por descender al terreno de los ejemplos al uso, es una típica obligación de resultado, la del *transportista* o la del *contratista de obra*: ni

(3) Amplia bibliografía sobre las dos categorías de obligaciones de que se habla, puede verse en los lugares citados en nota 1. Aquí me limitaré a hacer un elenco significativo, incorporado, además, a lo allí citado, las aportaciones doctrinales más recientes: OHLER, "Obligation de moyens" und "obligations de résultat". *Beispiel der Fortentwicklung des französischen Zivilrechts durch die Lehre und Rechtsprechung*, Bielefeld, 1971; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario SCIALOJA/BRANCA*, Roma-Bologna, 1988, sub art. 1.176 C. civ. it., p. 456 y ss.; DERRIDA, voz "Obligations" (Paris, 1973), en *Enc. Dalloz*, n.º 47 y ss.; LÉGIER, voz "Responsabilité contractuelle" (Paris, 1989) en *Enc. Dalloz*, n.º 58 y ss.; WEILL/TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1980 (3.º ed.), pp. 3-4; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 1, *Les sources*, Paris, 1988 (2.º ed.), p. 2, y, 2, *Le régime*, Paris, 1989 (2.º ed.), p. 7; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios ALBALADEJO*, XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, sub art. 1.088 Cc., p. 85 y ss.; YZQUIERDO, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, p. 253 y ss.; DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1989 (6.º ed.), p. 145; SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona 1985 (2.º ed.), p. 80.

(4) "Obbligazioni <di risultato> e obbligazioni <di mezzi>", en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 y ss., 280 y ss., y 366 y ss., y allí, pp. 188-189: "...separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine. L'interesse-presupposto dell'obbligazione è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione di fatto iniziale. Ma non sempre l'oggetto della qualificazione giuridica, ossia il contenuto del rapporto obbligatorio, coincide con la realizzazione di quello interesse che potremmo chiamare primario".

uno ni otro pueden pretender haber cumplido su prestación, sino cuando realizan el concreto *opus* o resultado debido: la traslación, en el espacio y sin daño, de las cosas o personas transportadas al punto de destino; la realización de la construcción o reparación comprometidas. No basta aquí, a los efectos del cumplimiento, el desarrollo de una actividad diligente, si ésta no se ha traducido en el logro efectivo del concreto resultado debido.

En cambio, son normalmente obligaciones de actividad o de medios, las del *médico*, del *abogado* o del *mandatario* y *gestor de negocios* (5).

(5) El caso del médico es, sin duda y desde siempre, el ejemplo arquetípico, en la doctrina, de prestación de simple actividad o de medios. Cfr., p. ej. ATAZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 167 y ss.; MENGONI, op. cit., pp. 189-190 (que añade los casos del abogado y del gestor de negocios); ENNECCERUS/LEHMANN, en *Tratado de Derecho civil* ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, tomo II, 2, 1.º parte, Barcelona 1966 (trad. Pérez González/Alguer/Valentí Fiol), p. 436; WEILL/TERRÉ, op. cit., p. 4; MARTY/RAYNAUD, op. cit., tomo 1, p. 2 y tomo 2, p. 7; Díez-PICAZO/GULLÓN, op. cit., p. 145; LACRUZ/SANCHO, op. cit., p. 80; DERRIDA, voz cit., n.º 48; LÉGIER, voz cit., n.º 64.

También los más claros hitos jurisprudenciales a propósito de la dicotomía obligaciones de medios/de resultado, suelen contemplar el caso de la prestación médica.

Así, en Francia, la clásica sentencia *Cass.* 20 mayo 1936 (*Rec. Dalloz*, 1936, 1, 88), que es punto de arranque de toda la jurisprudencia posterior: “mais attendu qu’il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l’engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n’a d’ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, aussi que parait énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science”.

En Italia, por ejemplo, la sent. *Cass. civ.* 28 abril 1961 (en *Giur. it.*, I, 1, 1962, cols. 1.247 y ss., con nota de LEGA): “le obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, sono, di regola, obbligazioni <di mezzi> e non <di risultato>, in quanto il professionista assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Quindi, l’inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato”.

En España, los pronunciamientos más claros están entre los recientes anteriormente aludidos, todos ellos a propósito de la prestación médica: sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera, según el estado actual de la ciencia médica”; sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica”; sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “la obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia”; sent. 17 junio 1989 (R.A. 4.696): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el

El médico cumple su obligación, cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en las fases diagnósticas, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles de un profesional o especialista normal, en las circunstancias del caso, además de atender en todas ellas las exigencias de la deontología profesional.

Habiendo desplegado esas curas y atenciones, el médico cumple, pues es éste el contenido de su prestación, aquello a lo que se obliga, aunque el paciente no haya sanado, no se recupere en su salud, no obtenga la curación apetecida. Es el conjunto de curas litigentes —técnicamente correctas— lo que el médico debe, y no la curación o sanación, a la que, ciertamente, tales curas se encaminan. (Las curas, como *medio*, son el contenido de la prestación del médico; la curación, como *fin o resultado* al que, ciertamente, se dirige la prestación médica, queda normalmente fuera de ella).

Lo mismo puede decirse del abogado o del mandatario o gestor de negocios: el abogado cumple su obligación si, ante una determinada causa judicial, despliega una actividad ética y profesionalmente correcta (diligente), aunque el fallo judicial final sea adverso a los intereses de su patrocinado; e, igualmente, el mandatario o gestor que administran intereses ajenos, cumplen su respectiva obligación si han desarrollado una actividad gestora diligente (con diligencia común o profesional, según los casos), aunque el resultado final de su gestión haya sido perjudicial a los intereses del mandante o del *dominus negotii*.

No hay que ocultar, sino, antes bien, evidenciar a las claras, que fuera de los casos arquetípicos, puede resultar dificultoso adscribir un determinado supuesto de prestación de *facere* a una de las dos categorías aludidas.

Y, en particular, conviene subrayar adecuadamente, que la realización de esta calificación, no es nunca un *prius*, sino siempre un *posterius*, que exige, por tanto, verificar en cada caso, cómo se ha definido

médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuar toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica (responsabilidad de medios)”; *sent. 7 febrero 1990* (R.A. 668): “en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado y curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica... relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influyente por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado”; *sent. 12 febrero 1990* (R.A. 677): “dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica”.

en una concreta obligación, por sus partes o por la ley, el contenido de la prestación debitoria de hacer y, en su defecto, cómo procede definirlo, con arreglo a los criterios integrativos supletorios de los usos o la buena fe objetiva (art. 1.258 Cc.).

Especialmente, habrá que estar (6).

a) Ante todo, a la voluntad de las partes de la obligación (art. 1.255 Cc.), a cómo ha definido ésta la prestación, lo debido por el deudor: no sólo la voluntad expresa, sino también tácita: todo aquello que pueda ofrecer indicios —p. ej., cláusulas exoneratorias— sobre los límites de la prestación debitoria.

b) A la propia naturaleza intrínseca del *facere* debido, y a lo que la buena fe exige, a la vista de la primera, del deudor para cumplir (y, correlativamente, la consideración del límite, según buena fe, de lo que el acreedor puede exigir de su deudor).

Sobre esta base, y también sobre la propia consideración de los usos, puede aceptarse como criterio aproximativo, el de la *aleatoriedad* (7): no deben considerarse, como principio (y salvo voluntad contraria de las partes) incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control (*aleatorios*: la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico; la formación y talante de los jueces, en el caso del abogado).

c) A la equidad, como aplicación específica de la buena fe y los usos, y como criterio de más justa reciprocidad entre las partes contractuales (art. 1.289-I Cc.) (8).

Por ello, en aplicación de estos criterios, la obligación, p. ej., del médico —el caso arquetípico de obligación de medios— puede hacerse, en

(6) Los tres mencionados a continuación son, precisamente, los criterios manejados por los Tribunales franceses (aquéllos que en mayor medida, sin duda, aplican la distinción obligaciones de medios/de resultado), vid., por todos, VINEY, *Traité GHESTIN de Droit civil*, IV, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, p. 646 y ss. Cfr., también, LÉGIER, voz cit., n.º 62 y ss.

(7) Hacen invocación y/o aplicación de él, por ejemplo, MENGONI, op. cit., p. 189; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983 (2.º ed.), p. 455; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* cit., p. 145; ENNECCERUS/LEHMANN, op. cit., p. 436; DI MAJO, op. cit., p. 458; MARTÍN PÉREZ, op. cit., p. 89 y ss.; DERRIDA, voz cit., n.º 50; LÉGIER, voz cit., n.º 64.

Cfr., ahora, sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668), transcrita *retro*, en nota 5.

(8) Hay que señalar, como ya he puesto de relieve en otro lugar, que las consideraciones de equidad, han producido, de hecho, en la aplicación práctica de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado, una *sustancial inversión*: no se establece el régimen de prueba a seguir en el caso concreto, sobre la base de una previa calificación de la obligación del deudor (una cierta definición de la prestación: de lo debido por el deudor), sino que se establece el contenido (y correlativa calificación, sobre su base) de la obligación del deudor, en función del régimen de prueba que se desea —para el acreedor-actor— (vid. “Aspectos problemáticos” cit., p. 75 y ss.).

determinadas circunstancias, de resultado (9), y los mismo, claro, vale para otros casos, en principio reconducibles a la prestación de mera actividad.

Tampoco está de más recordar aquí, que la contraposición de estas dos categorías de obligaciones, traducida, como se ve, en dos distintas formas de definir el contenido de la prestación de *facere*: 1) una actividad considerada en sí misma, que tiende, ciertamente, a un fin-resultado, pero cuyo efectivo logro no se incorpora a la obligación-prestación del deudor; 2) la acabada consecución de un determinado resultado; es la base, pacíficamente asentada en la doctrina (10), para calificar-distinguir dos esquemas contractuales típicos, según que su contenido obligacional incorpore como objeto una u otra forma de concebir el *facere* debitorio [1) la simple actividad: *operae*, servicios; 2) el resultado u obra: *opus*], *contrato de servicios (locatio conductio operarum)* o de obra (*locatio conductio operis*) (11).

(9) Sobre ello, yo mismo me he ocupado con anterioridad, vid. "Aspectos problemáticos" cit., p. 41 y ss.

Cfr., ahora, sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): (la obligación del médico es de medios y no de resultado) "salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole".

(10) Cfr., p. ej., ENNECERUS/LEHMANN, p. 433 y ss., LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona 1986 (2.º ed.), pp. 271-272, 306-307 y 308-310; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* cit., pp. 433 y 449-450; CASTÁN/FERRANDIS VILELLA, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1985 (12.º ed.), p. 471.

(11) A la vista de esta bipartición contractual, se comprende que, con razón, se identifique el área de las prestaciones profesionales intelectuales, como aquella de mayor incidencia *civilística* de las obligaciones de medios o de pura actividad: "alla categoria delle obbligazioni di diligenza dovrebbero ascrivarsi in larga misura, gli obblighi dei professionisti intellettuali come il medico o l'avvocato o l'insegnante, che rispondono se non hanno usato dei mezzi più sicuri di diagnosi o di cura, o di una difesa completa ed accorta delle ragioni del cliente, o degli strumenti più efficaci della didattica, ma certamente non possono considerarsi inadempienti per il solo fatto della non conseguita guarigione o della fallita operazione chirurgica, o della condanna al cliente, o della promozione mancata dell'allievo" [RESCIGNO, voz "Obbligazioni (nozioni)" en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 y ss., y allí, p. 191].

La verdad anterior, sin embargo, no debe llevar a la confusión: en el sentido que la independencia o no-subordinación del deudor-prestador sea elemento cualificante de la obligación de medios o de actividad: por el contrario, en el ámbito *laboral*, del trabajo subordinado o dependiente, la prestación laboral es también de simple actividad o de medios.

En otras palabras: 1) por un lado, la autonomía o independencia del prestador del *facere* es elemento cualificante del contrato civil de servicios frente al laboral, pero no es elemento cualificante de la prestación de simple actividad o de medios; 2) y, por otro, el carácter de medios o actividad de la prestación del deudor del *facere*, es elemento cualificante, tanto del contrato civil de servicios (que no puede tener, sin dejar de ser tal contrato, por objeto la realización de un *opus*, por parte del deudor del *facere*), como del contrato de trabajo (cfr. CASTÁN/FERRANDIS VILELLA, op. cit., pp. 472-473; ENNECERUS/LEHMANN, op. cit., p. 436).

En la jurisprudencia más reciente, en el sentido de calificar jurídicamente el contrato

III. CRITICA TERMINOLOGICA DE LA DISTINCION: FACIL SUPERABILIDAD DE LA MISMA

La distinción obligaciones de medios, de resultado, tal y como sucintamente se acaba de exponer, ha sido objeto de diversas críticas. Pero éstas afectan, en realidad, sólo a la forma de la distinción —a la mayor o menor corrección de la terminología empleada para expresarla— y no al dato sustancial que permite establecerla —esto es, que nos hallamos ante dos posibles modos diversos de definir el contenido de la prestación debitoria de hacer—; por ello, en la medida en que este dato esencial siempre queda en pie, cualesquiera que sean las expresiones preferidas para manifestarlo, dicha crítica terminológica no supone inconveniente serio alguno para el establecimiento de la distinción. La cuestión estribará en apuntar o señalar en todo caso a ese dato esencial, siendo indiferente la manera de expresarlo, evitando, claro está, los equívocos (terminológicos o de fondo) a que pudiera conducir una terminología inapropiada.

1) Es también adscribible a este apartado de la crítica terminológica de la distinción, pese a su apariencia de argumento de fondo, la que por muchos se ha considerado como objeción definitiva para el rechazo *a limine* de la misma: si el objeto de toda obligación (la prestación) es la consecución, por el obligado, de un concreto resultado útil que satisface el interés de su acreedor; fácilmente se llega a la conclusión de que, entonces, todas las obligaciones son de resultado, y que sobre la base de la obtención de éste, no es posible discriminar entre las diversas obligaciones/prestaciones (12).

como de obra, en vez de servicios, sobre la base del contenido de la prestación debida (de resultado) por el deudor: sent. 27 octubre 1986 (R.A. 5.960): “la doctrina jurisprudencial, al calificar la naturaleza de la relación jurídica surgida entre el Arquitecto y su cliente, la conceptúa como de obra o empresa, en cuanto que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente más que una actividad, el resultado de la misma, prestación ligada a la finalidad perseguida por los contratantes, consistente en el *opus* constituido por el proyecto, que siempre ha de estar revestido de las condiciones o cualidades de viabilidad para que la obra pueda ser ejecutada”; sent. 29 mayo 1987 (R.A. 3.848): “el negocio jurídico por el que se encarga a un arquitecto la realización de un proyecto de edificación, debe calificarse como de arrendamiento de obra o empresa, y no de servicios, como pretende el recurrente, en cuanto su objeto lo constituye el resultado concreto prometido por el profesional, pasando a segundo término la actividad o trabajo dirigido a dicho fin”; sent. 30 mayo 1987 (R.A. 3.852): “el contrato de obra o empresa es aquél en el que el profesional se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes —sents. 4 junio 1968 (R.A. 3.759), 10 junio 1975 (R.A. 3.265), 24 septiembre 1984 (R.A. 4.333) y 27 octubre 1986 (R.A. 5.960), entre otras muchas—”.

(12) Vid. MENGONI, op. cit., p. 188 y ss.; DI MAJO, op. cit., p. 457; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975 (3.ª ed.), p. 227, y voz “Obbligazione (diritto privato)”, en *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965 (reimp. 1982), p. 581 y ss., y allí, p. 598; BIANCA, en *Com-*

Ciertamente puede admitirse que objeto de toda obligación, es la consecución, por el deudor, de un determinado resultado útil para el acreedor (13). Pero este dato exacto, como antes adelanté, deja impregado aquel otro esencial sobre el que se asienta la distinción prestaciones de medios/de resultado.

Porque, siendo cierto que el deudor, en cualquier obligación, debe siempre a su acreedor un determinado resultado, también lo es, que el *contenido de ese resultado debido* (la propia prestación debida), puede definirse o configurarse de distintas maneras (14). Y, en particular, por lo que se refiere a las prestaciones de hacer, siempre serán distinguibles —se insiste, como quiera que después se exprese esta distinción—, los casos en que el fin-resultado, a que se encamina la conducta debida por el deudor, se incorpora a la prestación, a lo debido —está *in obligatione*—; de aquellos otros, en que dicho fin-resultado no se incorpora a la prestación (al *debitum*): no está *in obligatione*. En el primer caso, entonces, el *resultado debido* por el deudor, es la realización del *opus* (fin-resultado) debido: una concreta alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio; en el segundo caso, el *resultado debido* es el solo despliegue de una conducta diligente, técnica o no (común), con vistas a la consecución de un fin o resultado ul-

mentario SCIALOJA/BRANCA, sub art. 1.218 C. civ. it., Bologna-Roma, 1979 (2.º ed.), pp. 32-33; SCHLESINGER, “Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio” en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1.273 y ss., y allí, pp. 1.280-1.281; RESCIGNO, voz cit., p. 191; YZQUIERDO, op. cit., p. 260 y ss. (En los lugares indicados, más referencias bibliográficas).

(13) Vid. MENGONI, op. cit., p. 188: “si potrà discutere ancora sull’oggetto dell’obbligazione, ma almeno un punto deve ritenersi fuori discussione: <in generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato> (SIBER). Il rapporto obbligatorio implica essenzialmente un <dover dare> e un <dover ricevere> funzionalmente complementari, giacchè non ha senso una obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto di credito... è vero che non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto”.

De este mismo autor, referido específicamente al problema del objeto de la obligación, debe verse, “L’oggetto della obbligazione” en *Jus*, 1952, p. 156 y ss., y allí, p. ej., p. 180: “l’obbligo si consuma soltanto se il comportamento del debitore <si scarica> nel risultato previsto dalla norma, e assegnato come oggetto del diritto del creditore”.

(14) MENGONI, “Obbligazioni” cit., pp. 188 (“tuttavia, se è vero che non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto...”), y 191 (“la differenza riguarda unicamente la natura del risultato dovuto”); MARTON, “Obligations de résultat et obligations de moyens”, en *RTDC*, 1935, p. 499 y ss., y allí, pp. 517-518: “il s’ensuit que la distinction de certains auteurs entre les différents obligations, qu’ils enlèvent tantôt dans l’un et tantôt dans l’autre des groupes signalés (obligations de résultat et obligations de moyens), est totalement erronée. Il n’existe pas deux sortes d’obligations. Il n’y a que des obligations de résultat. Ce qu’on appelle des obligations de moyens ne sont que des obligations dont le but est précisé étroitement, par un résultat fragmentaire, par une tâche partielle par rapport a un but plus étendue qui, cependant, est resté en dehors de l’obligation”.

terior, que queda, sin embargo, fuera de la obligación, de lo debido por el deudor (15). También, en suma, esa actividad diligente que es el objeto de la obligación de medios, es el resultado útil idóneo para satisfacer el interés del acreedor (16): sólo una cura médica diligente, técnicamente correcta, por ejemplo, puede conducir, como condición necesaria, aunque no siempre suficiente, a la curación o restablecimiento del paciente: que es obviamente —aunque no sea lo debido por el médico— lo que pretende aquél, al contratarla, y el médico al prestarla, y por ello, lógicamente, está también interesado el acreedor-paciente en la bondad-corrección de la prestación médica (de lo debido por el médico).

2) Por lo que se acaba de decir, se comprende fácilmente, lo erróneo que sería extraer, como corolario de la distinción prestación de me-

(15) Así, dicen MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 2: (la obligación de medios) “impose au débiteur une certaine diligence, certains soins en vue d'un résultat [último, añadiría yo] *qu'il n'est pas tenu d'atteindre, s'il est tenu de le poursuivre*”; y, con estos autores, también dicen, análogamente, WEILL/TERRE, op. cit., p. 4: “l'obligation de moyens... est celle par laquelle le débiteur n'est tenu à rien de plus que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose, de se montrer prudent et diligent, de faire de son mieux; *mais s'il est tenu de poursuivre un résultat* [final o último, volvería a añadir yo], *il n'est pas tenu de l'atteindre*”.

En la jurisprudencia: sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicos, *aunque se persigue el resultado* [final] *de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación*, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica”. Vid. también, sents. 17 junio 1989 y 7 febrero 1990, transcritas *retro* en nota 5.

(16) SCHLESINGER, op. cit., p. 1.280: “talvolta, il risultato utile per il creditore, alla cui realizzazione è preordinato il rapporto obbligatorio, consiste, proprio nello svolgimento di una certa condotta del debitore...l'interesse del creditore non è soddisfatto da un evento distinto rispetto all'attività del *solvens*, ma è soddisfatto dalla medesima condotta la quale, a sua volta, non *ha* un risultato utile per il creditore, ma è questo stesso risultato”; BIANCA, op. cit., p. 33: “in realtà, un risultato inteso come momento finale o conclusivo della prestazione, è *dovuto in tutte le obbligazioni* (così, nel comune esempio dottrinario della prestazione chirurgica, il risultato dovuto è costituito dall'operazione esattamente eseguita)”; MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 189: “ma il risultato dovuto [por el médico], ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: *in breve una buona cura*”, y “L'oggetto” cit., pp. 169-170: “così, nelle obbligazioni di opera, si distingue esattamente il risultato (scopo) immediato della attività del prestatore di opera, dal risultato ulteriore che può o meno derivare mediatamente dal primo, per chiarire che questo secondo risultato non è in obbligazione. In altre parole, la distinzione fra le due specie di scopo non può riflettere (analiticamente) due momenti dell'oggetto del diritto di credito, ma é utilizzabile soltanto come espressione di un limite dell'oggetto, nelle ipotesi in cui il risultato direttamente inerente all'attività dovuta, è il solo garantito dall'obbligazione, non è ancora quello [ulterior] cui aspira, in definitiva, il creditore. In queste ipotesi il fine [jurídicamente] tutelato non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto del interesse del creditore, ravvisato spoglio della tutela giurídica”.

dios/de resultado, que en la primera no subyace un interés del acreedor (17).

El interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, es un dato común, predicable de cualquier vínculo obligatorio; y se refiere, en todo caso, a la prestación que tiene por objeto, tal y como haya sido definida en cada caso: en el de la obligación de medios o actividad, el acreedor está efectivamente interesado en la prestación de la conducta diligente debida, porque este resultado debido, y en sí mismo útil (que, como tal, tiene un valor económico), es además el presupuesto necesario (aunque no siempre suficiente) del fin o resultado último perseguido por las partes y ajeno al contenido de la obligación. Existe, pues, un resultado próximo (la actividad diligente debida) y útil, que es necesario para el logro del resultado último (no debido).

En el caso de las obligaciones de resultado, igualmente, por supuesto, el acreedor está interesado en su cumplimiento, pero aquí la prestación a la que el interés creditorio se refiere, se define por la obtención del concreto *opus* (resultado-fin) debido: sin cuyo logro, ni el deudor cumple, ni el interés del acreedor —jurídicamente protegido: por el contenido con que en la obligación se define su derecho de crédito— se satisface.

3) Para acabar de comprender lo que se dice, aún hay que poner de manifiesto un dato, que señala certeramente MENGONI (18). Y éste es el de la relatividad del binomio medio/resultado. Tal contraposición se asienta en una relación *teleológica*: algo (*medio*) es instrumento para el

(17) Vid. MENGONI, "Obbligazioni" cit. p. 190, nota 21: "la dottrina riferisce il giudizio di utilità [en las obligaciones de medios] esclusivamente al risultato finale non dedotto in obbligazione (il <risultato del risultato> o risultato in senso pregnante come dice il LOTMAR), mentre il risultato immediatamente inerente all'attività di prestazione, nel quale consiste propriamente l'oggetto del credito avrebbe un <valore neutro>. Certamente, se il malato muore, si dirà che le cure del medico sono state inutili; al cliente che perde la causa appariranno vani gli sforzi del suo avvocato. Ma è chiaro che questa valutazione retrospettiva di utilità o disutilità della prestazione non è adeguata alla considerazione normativa del rapporto obbligatorio, essenzialmente imperniata sul criterio <initium obligationis spectandum est>. In questo momento le cure del medico appaiono utili in quanto sono atte a soddisfare l'interesse immediato (*strumentale*), suscitato dal *interesse primario* alla guarigione, cioè l'interesse (bisogno) di essere curato [ojo, en sentido italiano: *atendido-tratado*], che è propriamente il punto di riferimento della tutela giuridica espressa nel rapporto obbligatorio. Insomma le cure mediche, in quanto oggetto di obbligazione (*bene dovuto*), sono utili non perchè risanano, ma piuttosto perchè convengono al creditore che vuol essere risanato, e quindi ha bisogno di essere curato".

(18) "Obbligazioni" cit., pp. 187-188: "sta qui l'obiezione più grave contro le terminologie in esame. Esse non tengono conto della relatività dei concetti di mezzo e di risultato. Un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata. Le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato [de nuevo, en sentido italiano: *atendido, tratado*]".

logro de otra cosa (*fin-resultado*). Y cualquiera comprende, a la vista de que los encadenamientos teleológicos pueden llegar a ser muy complejos, que una misma realidad puede aparecer como medio o como fin-resultado, según la perspectiva que se adopte (según en qué lugar del encadenamiento teleológico complejo o plurimembre se sitúe el término de referencia). Basta con observar que, como también señala MENGONI (19), toda relación teleológica es una relación causal invertida: aquello que teleológicamente aparece como *fin* de un determinado medio, se califica etiológicamente como *efecto* o *resultado* de ese mismo medio, considerado ahora, etiológicamente, como su *causa* (o *concausa*). Y es evidente que los concatenamientos causales también son frecuentemente complejos, y se prestan a esa misma consideración relativista (una misma realidad aparece como causa o efecto, según la perspectiva que se adopte, según en qué lugar de la cadena causal compleja se sitúe el punto de referencia).

Por tanto, asumida esa (doble) relatividad, ninguna extrañeza debe causar, que lo que, como actividad diligente, es contenido de la prestación de medios, se nos presente, al mismo tiempo, como *resultado* (si la consideración teleológica se refiere al interés inmediato o próximo del acreedor: aquél jurídicamente protegido por el contenido de la relación obligatoria); como como *medio* de un fin o resultado ulterior (si nos atenemos al interés último del acreedor, que está ya fuera del contenido de la obligación y de la prestación debida) (20).

Pero es que hay más. La propia relatividad de la relación medio/fin-resultado es, desde luego, referible a las obligaciones de resultado.

En éstas, como se dijo con anterioridad, el *interés primario* del acreedor se incorpora al contenido de la obligación, en forma que el deudor, para cumplir, ha de obtener el concreto *opus-resultado* que lo satisface. Para mayor claridad, yo he llamado (21) a este resultado incorporado a la prestación del deudor, como el correspondiente al *interés primario típico* del acreedor. Esto es, el fin-resultado que persigue cualquier acreedor de una obligación de resultado del mismo tipo (tratándose de obligaciones contractuales, esa tipicidad del resultado se asocia, lógicamente, con la causa del contrato que les da origen). En el caso del transporte, por ejemplo, ese resultado típico es la traslación, sin daño, en el

(19) "L'oggetto" cit., p. 165: "la relazione mezzo-scopo e la relazione causa-effetto sono, dunque, la medesima relazione, valutata da un diverso punto di vista. La valutazione in senso causale procede dal primo termine della serie, il quale è causa (efficiente) del successivo (effetto), e così di seguito abbracciando due termini alla volta. Al contrario, la valutazione in senso teleologico parte dall'ultimo termine, che diventa così il primo, ossia il principio che governa i termini intermedi, ordinati come mezzi. Considerato sotto il profilo teleologico, l'effetto (o risultato) diventa causa, precisamente causa finale".

(20) Vid. MENGONI, transcrito *retro*, en nota 18.

(21) *La responsabilidad contractual*, cit., p. 174.

espacio y hasta el punto de destino, de las personas o cosas transportadas.

Pero, junto a ese resultado típico —y como tal, presente en el contenido de todas las obligaciones de resultado que tienen el mismo objeto—, pueden existir otros fines o resultados ulteriores, que el singular acreedor contemple. Así, en el caso del transporte de personas, el acreedor puede contemplar el *resultado (típico) debido* por su deudor —la traslación incólume y puntual de su persona a un determinado lugar—, como un *medio* para un fin ulterior no debido por éste (la conclusión, por ejemplo, de cierto negocio con un tercero en el lugar de destino).

Pues bien, esos otros fines o resultados ulteriores que no están en el contenido de la obligación de resultado, como lo es el fin o resultado último que no está *in obligatione* en las prestaciones de medios o de simple actividad: en el caso de nuestro ejemplo, una vez que el acreedor-pasajero es transportado, puntual e incólumemente, al lugar de destino, su deudor-transportista ha cumplido, y ello con independencia de que el negocio con el tercero, en vista del cual el pasajero concertó el viaje, se concluya o no en el lugar de destino (éste de la conclusión del negocio, es resultado tan ajeno a la prestación —de resultado— del transportista, como lo es la curación o el restablecimiento del paciente en la prestación —de medios— médica).

Lo dicho: la irrelevancia, a efectos del cumplimiento de una obligación de resultado, de los fines creditorios no incorporados al contenido de la prestación del deudor, no significa, sin embargo, *irrelevancia jurídica absoluta*: si en el ejemplo de nuestro caso, el transporte no se realiza o se realiza impuntualmente (no obedeciendo la falta de transporte, ni su retraso, a caso fortuito, cuya prueba incumbe al deudor no cumplidor), y, por causa del incumplimiento del transportista, la conclusión del negocio pretendido por el viajero se perjudica, éste podrá exigir, de su deudor incumplidor, en los términos de los arts. 1.106-1.017 Cc., los daños y perjuicios que oportunamente demuestre (22).

Por tanto, recapitulando: a) el hecho de que tanto la prestación de actividad o de medios, como la de resultado, signifiquen para el deudor la obligación de obtener un determinado resultado útil para su acreedor, en cuya obtención —cumplimiento de la obligación— el acreedor está efectivamente interesado; b) el hecho de que, como quiera que se defina el contenido de la prestación debitoria de *facere* (como de medios o de resultado), siempre existirán intereses ulteriores del acreedor no cubiertos por el contenido de la obligación (la prestación del deudor); ni uno, ni otro hecho [a) y b)] desdicen la razón de ser de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado: en el primer caso, el resultado debido por el deudor es una simple actividad diligente (el deudor que la realiza, cumple su obligación, aunque no logre el fin-resultado —no debido—, a que tal actividad iba dirigida); en el segundo,

la distinta configuración del resultado debido, hace que al deudor, para cumplir, no le baste el solo despliegue de una actividad diligente, sino que ha de lograr efectivamente el *concreto opus*-resultado que, correspondiendo al interés primario típico del acreedor, aquí se incorpora a la prestación, a aquel resultado debido, que trasciende, por ello — y éste es, a la postre, el dato decisivo— el simple despliegue por el deudor de una conducta diligente (con diligencia técnica o común).

4) Tampoco rebasa el grado de la disquisición terminológica, el reproche doctrinal dirigido contra la distinción de obligaciones de medios/de resultado, que pudiéramos considerar como inverso o simétrico al reflejado *sub 1*). Ahora se dirá, que la obtención de cualquier resultado debido postula, en mayor o menor medida, una cierta actividad o conducta diligente por parte de su deudor y, por tanto, que, desde esta perspectiva de la conducta debida por el deudor, no hay base para la distinción: todas las prestaciones de *facere* serían de medios o de actividad (23).

Y digo que no rebasa el nivel de la crítica terminológica, porque tampoco este reparo doctrinal pone en cuestión el dato sustancial sobre el que se asienta la distinción de obligaciones de medios/de resultado.

Evidentemente existe un aspecto de verdad en la objeción que así se avanza, y es que en el fondo de cualquier prestación de *facere*, como quiera que se configure (de medios/de resultado), existe, por definición, una conducta, una actividad debida por el deudor (24).

Pero es que, de un lado, este fondo de verdad es predicable de cualquier otra obligación: el objeto de ésta, la prestación, como quiera que se configure, aun fuera del caso del *facere*, es siempre una determinada conducta del deudor (un *facere* cualificado relativo a una cosa: *dare*, obligación de dar; una conducta omisiva o negativa: *non facere*, obligación de no hacer).

Y, de otro, y sobre todo, es que la aludida objeción, como ya anticipé, tampoco desdice el dato esencial sobre el que se asienta la distinción prestación de medios/de resultado: la posibilidad de configurar, en las obligaciones de hacer, lo debido por el deudor de dos formas diversas: o como simple despliegue de una actividad diligente, con diligencia técnica o común (de forma que el deudor que la realiza, cumple, aunque no logre el fin-resultado a que tal actividad se endereza, fin-resul-

(23) Vid. DI MAJO, op. cit., p. 457, notas 1 y 2; GIORGIANNI, *L'inadempimento* cit., p. 227, y voz "Obbligazione (diritto privato)" cit., p. 598; BIANCA, op. cit., p. 33; RESCIGNO, voz cit., p. 191; YZQUIERDO, op. cit., pp. 259-260.

(24) Esto es lo que expresa, acertadamente, GIORGIANNI (opp. y locc. citt. en nota precedente), al decir: "a nostro avviso un <comportamento> del debitore è sempre [para cualquier relación obligatoria] *in obligatione*, e la sua presenza costituisce anzi l'elemento individuatore del rapporto obbligatorio rispetto ad altre situazioni giuridiche" [se refiere, claro, al derecho de crédito como un derecho personal o sobre la conducta del deudor, y su contraposición, por este dato objetivo, a otras situaciones jurídicas].

tado que no es debido, no se integra en el contenido de la obligación: la prestación del deudor y el correlativo derecho del acreedor); o como una conducta diligente que se asocia o completa con un determinado resultado típico, de forma que éste es lo debido (se integra en la prestación del deudor y el derecho del acreedor), y sin su logro efectivo, por ende, el deudor no puede pretender haber cumplido, aun habiendo desplegado una cierta actividad diligente para alcanzarlo.

5) Después de haber insistido sobre el dato esencial que permite establecer la distinción entre las obligaciones de hacer, por la forma de configurar su objeto-prestación, me parece cuestión de mucha menor importancia, como ya adelanté, la de la terminología empleada para expresarla. Creo que la que, sin duda, es más corriente, que ha sido generalmente acogida por nuestra doctrina y por la última jurisprudencia, y también por doctrina y jurisprudencia italianas o francesas, "*obligaciones de medios o de actividad/obligaciones de resultado*", es perfectamente idónea para expresar aquella idea esencial, ya que sus posibles inconvenientes, básicamente derivados de la aludida relatividad de la contraposición medio/fin-resultado, no le restan, con las debidas matizaciones, virtualidad expresiva, y sin que, por otra parte, las alternativas ofrecidas dejen de ofrecer otros (y mayores) inconvenientes.

Así, por ejemplo, a las obligaciones de medios, algunos las llaman "*de diligencia*" (25), lo cual, desde luego, sirve para expresar, con relativa fortuna, el contenido de la prestación (del cumplimiento) en tales obligaciones —que no es, sin embargo, tanto la diligencia, como una actividad o conducta diligente del deudor (26)—. Pero con esa terminología se corre el riesgo de hacer olvidar: a) que en las obligaciones de resultado, también forma parte del contenido de la prestación debida por el deudor, una actividad diligente (la necesaria para la obtención del resultado debido), aunque, ciertamente, y a diferencia de las obligaciones de medios, tal actividad no agote el contenido de la prestación, que incorpora, además, el logro del resultado debido; y b), que en las obligaciones de resultado —como también en las de medios— es exigible del deudor, no como contenido de la prestación, pero sí como deber accesorio e integrativo o complementario de la misma —*ex arts. 1.105 y 1.182 y ss. CC.*—, una conducta diligente —que sin ser parte del cumplimiento de la prestación, es igualmente debida por el deudor—, tendente a preservar la posibilidad del cumplimiento —de su exactitud, de su integridad, de su puntualidad—, de la prestación debida, frente a los eventos sobrevenidos que puedan impedir su realización o su exacta, puntual o íntegra realización.

Otros hablan, para referirse a las obligaciones de medios, de "obli-

(25) Así, TUNC, "Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza" en *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, p. 126 y ss. [también, en francés, en *Sem. Jur. (JCP)*, 1945, I, p. 449 y ss.].

(26) MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 187.

gaciones de comportamiento” (27), terminología ésta, inespecífica, pues toda obligación (y no sólo de *facere*) se resuelve, en cuanto a su objeto, en una determinada conducta activa u omisiva del deudor.

En todo caso, parece poco feliz la sustitución del par “obligaciones de medios/de resultado”, por aquel otro de “obligación general de prudencia y diligencia/obligaciones determinadas” (28); pues la primera expresión del nuevo par, se presta a la confusión del *deber general (alterum non laedere)* que incumbe a todo sujeto, no específicamente obligado, de respetar la esfera patrimonial y personal ajena *ex art. 1.902 Cc.*, con un *deber específico*, que presupone un cambio, un concreto vínculo obligatorio, del que es parte el sujeto obligado; mientras que la segunda expresión parece no tener en cuenta, que la exigencia de determinación (o, al menos, determinabilidad) del objeto de la obligación, se da tanto en las obligaciones de resultado, como en las de medios, como en cualquier otra prestación que sea objeto de obligación (*ex art. 1.273 Cc.*) (29).

IV. LA RELEVANCIA JURIDICA DE LA DISTINCION: A) EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION; B) “A CONTRARIO SENSU”, LA DETERMINACION DE LA INFRACCION O CONTRAVENCION DE LA OBLIGACION

A) Si, como queda dicho, obligaciones de medios y obligaciones de resultado son dos formas de configurar el contenido de la prestación debida de un *facere*, se comprenderá fácilmente que, como también queda previamente apuntado, la relevancia de tal distinción se sitúe, fundamentalmente, en el terreno del cumplimiento de la obligación.

Si la prestación, tal y como se define en el momento de la constitución del vínculo que la tiene por objeto, es un futuro o potencial programa de conducta del deudor (*Leistungsprogramm*), a efectos de poder, en el momento del cumplimiento, liberarse y, simultáneamente, satisfacer a su acreedor; el cumplimiento del deudor, que no es otra cosa que la realización de ese programa de conducta, la actuación de esa su definición potencial, deberá corresponderse, en cada caso, con los términos en que el programa prestacional fue inicialmente concebido-definido (30).

(27) Vid. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 127 (“obbligazioni di conegno”), y MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 192: “obbligazioni di (semplice) comportamento”.

(28) En tal sentido, H. MAZEUD, “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; <obligations déterminées> et <obligation générale de prudence et diligence>”, en *RTDC*, 1936, p. 1 y ss.

(29) Así, MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 186.

(30) Lo dice, muy precisamente, MENGONI, “L’oggetto” cit., p. 174, nota 3: “gli ele-

Por tanto, y como lógico corolario de lo anterior, si obligaciones de medios y de resultado son dos modos de definir-configurar el contenido de la prestación de hacer, son, también, al propio tiempo, y como consecuencia necesaria de ello, dos modos distintos de configurar-definir el cumplimiento de las obligaciones de *facere*. En otras palabras, lo que el deudor ha de hacer, en uno y otro caso, para cumplir —liberarse él y, simultáneamente, satisfacer a su acreedor— no es lo mismo (31).

a) Así, como ya se anticipó, en las obligaciones de medios, como consecuencia directa de la forma en que en ellas se define la prestación de hacer del deudor, éste cumple (se libera, y simultáneamente, satisface a su acreedor), desplegando la actividad diligente —técnica o común— debida, actividad (que constituye, en sí misma, un fin o resultado útil para el acreedor: *fin próximo*), ciertamente encaminada a un fin (*ulterior o último*), pero la realización de éste no se incluye en la prestación del deudor (ni, correlativamente, en el derecho del acreedor), no está *in obligatione*: por ello el deudor cumple, cuando, sin conseguirlo (consecución no debida por el deudor, ni exigible por el acreedor), realiza, en cambio, la actividad diligente, que sí es lo debido por el deudor (y lo exigible por su acreedor).

Tomando, una vez más, los ejemplos clásicos: el médico cumple, cuando a pesar de desarrollar una actividad profesional correcta, no obtiene la curación del paciente; el abogado, igualmente, cuando, pese a su intervención ajustada a las reglas del oficio, ve desestimadas por el Juez las pretensiones de su defendido; o el gestor, igualmente, cuando pese a su actuación diligente, la gestión emprendida no resulta finalmente provechosa para el *dominus* (32).

menti costitutivi dell'attuazione dell'obbligo [el pago o cumplimiento] sono, per definizione, corrispondenti agli elementi del contenuto dell'obbligo [la prestación debida]”.

(31) Sitúan también, adecuadamente, la relevancia de la distinción de las obligaciones en de medios/de resultado, en el terreno de su respectivo cumplimiento, p. ej., DI MAJO, op. cit., p. 460 y ss.; MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 2; LACRUZ/SANCHO, op. cit., p. 80; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, op. cit., p. 145; ATAZ, op. cit., pp. 170-171.

(32) Así, en la jurisprudencia española reciente sobre responsabilidad médica, que motiva este estudio, se encuentra reiteradamente la afirmación, de que cuando el médico prestó una cura o tratamiento técnicamente correcto (diligente) y, pese a ello, no se ha obtenido una plena curación del paciente, no hay responsabilidad, pues, por el carácter de medios de la prestación sanitaria, lo que el médico debe es una buena cura o tratamiento profesional, y no la curación-sanación, siendo atribuidos, por otra parte, entonces, los daños o lesiones producidos, a otros factores ajenos a la cura médica.

Así, sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “(la muerte) no puede atribuirse a negligencia del cirujano, sino a la grave lesión que determinó su intervención... del examen y estudio de los dictámenes periciales obrantes en autos, no se deduce negligencia o imprudencia de la actuación médica del Sr. M. A., criterio que esta Sala acepta, teniendo en cuenta no sólo la diligencia ordinaria, sino, como resulta de las indicadas pericias, la específica y profesional propia del supuesto contemplado... acción que fue desestimada en ambas instancias, por estimar que aquél (el médico demandado) procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer

b) En cambio, como también se adelantó, *en las obligaciones de resultado*, y asimismo como directa consecuencia de la forma en que en ellas se define la prestación de *facere* del deudor, éste sólo cumple (se libera y, simultáneamente, satisface a su acreedor), cuando efectivamen-

médico, en este caso, en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente, y del siempre presente factor reaccional del enfermo... el motivo (del recurso) debe merecer la misma suerte desestimatoria que el anterior, en cuanto de los hechos acreditados no deriva negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles < toda clase de complicaciones >, y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía, para alcanzar la curación... todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es decir se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica"; sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): "sin que, a la luz de los informes médicos obrantes en las actuaciones, pueda deducirse una actuación descuidada, ni negligente del cirujano, ni del anestesista, en cuanto que se considera probado la suficiencia de las pruebas previas a la intervención y la adecuada preparación del niño para ella, que la anestesia suministrada fue correcta, tanto por las sustancias empleadas como en el método aplicado, que la intervención transcurrió sin incidencias, y como posibles causas de la parada cardiaca se señalan... es decir, varias hipotéticas causas no imputables a los facultativos demandados... por todo ello, no puede acusárseles de la falta de diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 Cc.), ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados, cuya actuación, según resultó probado, fue correcta en todo momento... sin que se les pueda atribuir (a los facultativos) cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica"; sent. 12 febrero 1988 (R.A. 943): "los demandados siguieron el tratamiento adecuado al diagnóstico inicial... es visto que, al no haberse apreciado la menor culpa en los demandados y la total desconexión con el resultado final (lesivo para el paciente), la absolución de los mismos devenía indeclinable e insoslayable"; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): "en modo alguno se establece por la Sala sentenciadora de instancia que el demandado, ahora recurrente, don Jorge P.P., no hubiera guardado acomodo a tal técnica operatoria adecuada a la intervención quirúrgica de que se viene haciendo mención... no pueda precisarse, por el resultado de la prueba practicada, si ello fue debido a una incorrecta aplicación del instrumento que manejaba el especialista interviniente en la operación quirúrgica aludida... o por complicaciones ajenas a dicho especialista... (comportamiento culposo o negligente) que no puede entenderse producido en el médico que realizó una intervención quirúrgica con adecuado acomodo a las técnicas a aplicar al respecto... complicación ajena al buen actuar profesional del médico interviniente demandado y ahora recurrente... *la culpa no radicará en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta* [actividad profesional técnicamente correcta] *ofrecida...* el resultado anómalo de la referida intervención quirúrgica objeto de controversia puede ser debido a varias circunstancias, entre ellas las de una complicación en la intervención quirúrgica por causas ajenas al buen actuar del médico interviniente... la sentencia recurrida no reconoce haber sido incumplida (la *lex artis*) en la intervención quirúrgica practicada... al no negar (que el médico)... hubiese actuado emplean-

te obtiene o realiza el concreto resultado (*opus*) que se integra en el contenido de la obligación (en la prestación del deudor y, correlativamente, en el derecho de su acreedor); no bastando, por tanto, a los fines del cumplimiento de la obligación (de la liberación del deudor con simultánea satisfacción de su acreedor), el que el deudor despliegue una mera actividad diligente, encaminada al logro del *opus* debido, si éste no se realiza: su consecución se integra en la prestación del deudor (y en el derecho de su acreedor) y sin él no hay, por tanto, cumplimiento (33).

Retomando, de nuevo, los ejemplos clásicos: el transportista de personas cumplirá llevando efectivamente al viajero (incólume y puntualmente) al lugar de destino; o el contratista, realizando efectivamente la obra o la reparación comprometidas; y no, en uno y otro caso, pretendiendo haber hecho lo diligentemente necesario para conseguirlo, aunque no se haya conseguido.

Existe, por tanto, un perfecto paralelismo, entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, en el terreno del cumplimiento: en las dos (como en cualquier otra obligación) el deudor, para cumplir (satisfacer a su acreedor), ha de realizar *lo debido*, y lo debido es aquello que aparece definido como prestación del deudor — contenido de la obligación de éste y, simultáneamente, del derecho del acreedor — en la relación obligatoria de cuyo cumplimiento se trate. Es el distinto modo de defi-

do la técnica adecuada y en consecuencia no hubiere guardado acomodo a la requerida *lex artis*... se produce un comportamiento (del médico) adecuado que no puede resultar alterado por complicaciones ajenas al buen normal actuar profesional del médico interviniente”.

(33) Es especialmente clara, en el sentido del texto, la sentencia de la Casación italiana (*Cass. civ.* 10 diciembre 1979, *Mass. For. it.*, 1979, n.º 6.416), cuya doctrina reproduce DIMAJO, op. cit., p. 485, nota 1: “a differenza dell’obbligazione *di mezzi*, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell’obbligazione *di risultato*, nella quale il soddisfacimento di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l’adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall’attività e dalla diligenza spiegate dall’altra parte per conseguirlo. Per tanto, l’obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l’evento previsto come conseguenza dell’attività esplicata dal debitore, nell’identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l’attività dell’obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto”.

En la jurisprudencia española, aplicando la conceptualización de una obligación como de resultado, al establecimiento de su infracción-incumplimiento material o como hecho, puede citarse sent. 28 septiembre 1987 (R.A. 6.451): “las obras de impermeabilización encomendadas a Herplasa S.L., fueron ejecutadas por ésta con total incumplimiento de su obligación de obtener el resultado (*opus*) convenido —impermeabilización de las terrazas—, afirmación fáctica de la que resulta, en el supuesto concreto aquí enjuiciado, el incumplimiento por el contratista de la obligación por él asumida, al no obtenerse con las obras que ejecutó el resultado que hubiera significado sostener lo contrario”.

nir la prestación, el que lógica y necesariamente conduce a una distinta forma de configurar el correlativo cumplimiento.

B) De la relevancia de la distinción obligaciones de medios/de resultado en el terreno del cumplimiento, deriva, necesariamente y *a sensu contrario*, la relevancia de esa misma distinción en el ámbito de la infracción de la obligación: de la ausencia o falta de (exacto) cumplimiento.

Si el contenido de cada prestación nos define, *positivamente*, lo que el deudor, de la respectiva obligación que la tiene por objeto, ha de hacer para cumplir; es ese mismo contenido de la prestación, el que, por tanto, *negativamente*, nos servirá para establecer los supuestos de infracción de la obligación de su deudor: todos aquellos en que éste no realice (exactamente) lo debido (lo que el acreedor tiene derecho a exigirle).

La misma prestación (definida con un determinado contenido) que es parámetro del (exacto) cumplimiento, es, precisamente por ello, parámetro del no (exacto) cumplimiento: todo lo que no sea (exacto) cumplimiento —realización (exacta) de la prestación debida, tal y como se define por la relación obligatoria de que se trate—, es no (exacto) cumplimiento —no realización (exacta) de dicha prestación debida—, y como tal, punto de partida de un juicio de responsabilidad contractual (art. 1.101 Cc.), que concernirá al deudor no (exactamente) cumplidor.

En efecto, es no-cumplimiento para cada obligación, según el artículo 1.101 Cc., cualquier “*modo de contravención de su tenor*”: es decir, todo lo que no sea exacta realización de la prestación debida, tal y como ésta se haya definido para esa determinada obligación.

a) En las *obligaciones de medios*, como en cualesquiera otras, el deudor puede infringir su obligación, no realizando la prestación debida en absoluto (*falta total de cumplimiento*); no realizándola en parte —p. ej., del total de horas o jornadas de trabajo comprometidas, sólo se realizan por el prestador de *facere* una porción: cfr. art. 1.151-2.º Cc.— (*falta parcial de cumplimiento*); o no realizándola puntualmente en el tiempo señalado en la obligación (*retraso en el cumplimiento: la “morosidad”* a que alude el art. 1.101 Cc.). El establecimiento de cualquiera de estas formas de contravención en una obligación de hacer de medios, no presenta ningún problema especial: se hace en los mismos términos que para cualquier otra obligación, aunque, claro, siempre con referencia a la manera en que específicamente se define un objeto.

No obstante, allí donde se nos revela más directamente este influjo de la específica manera de definir el contenido de la prestación de medios, sobre su régimen de cumplimiento/no cumplimiento, es en la restante forma o modo de contravenir cualquier obligación, y también la de medios: el *inexacto cumplimiento*. Visto que el contenido de la prestación de medios, es una determinada actividad diligente (con diligencia común o técnica ex art. 1.104 Cc.), existirá inexacto cumplimiento,

ex art. 1.101 Cc., de una obligación de hacer que la tenga por objeto, en todos aquellos casos en que la actividad efectivamente desplegada por el deudor, no se ajuste a la diligencia (el conjunto de cuidados, atenciones, precauciones, instrumentos, medidas) legal o convencionalmente exigible. Allí, en suma, donde, por no alcanzar la conducta desplegada por el deudor, el grado de diligencia exigible-debido (34), debemos calificar aquella como *negligente, culpable*. (La culpa del deudor, aparece, en efecto, en el art. 1.101 Cc., como una de las formas de contravenir-infringir la obligación).

Que la culpa-negligencia del deudor se nos presente, en suma, como una forma (en concreto, como inexacto cumplimiento) de contravenir o infringir las obligaciones de hacer de medios y *sólo* de éstas, es un resultado directo de que, precisamente en ellas, y también sólo en ellas, su cumplimiento (el contenido de la prestación que tienen por objeto) se define en términos de simple despliegue de una conducta diligente por el deudor.

Aquí se abre, por tanto, una primera *función y ámbito de relevancia* de la culpa/diligencia ex art. 1.104 Cc., en el terreno de la responsabilidad contractual: en el ámbito circunscrito de las obligaciones de medios, como consecuencia del propio contenido de éstas, la diligencia es, por un lado, positivamente criterio de (exacto) cumplimiento de tales obligaciones y, por otro, como consecuencia necesaria y lógica de lo anterior, negativamente, ahora como culpa-negligencia, es una concreta forma (una entre otras posibles: inexacto cumplimiento) de infracción-contravención de tales obligaciones (art. 1.101 Cc.) (35).

(34) La diligencia, norma de conducta diligente, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de medios y, precisamente por serlo, se nos aparece, así, como un límite de la discrecionalidad de su deudor a la hora de cumplir: no bastará cualquier gestión, cautela o medida a la hora de cumplir: ha de realizarse todo aquello que la diligencia debida imponga.

En este sentido, como criterio de cumplimiento y como límite de la discrecionalidad del deudor, es establecible un claro paralelismo entre la diligencia en las obligaciones de medios, y el criterio supletorio de la calidad media en las obligaciones de dar cosas genéricas (art. 1.167 Cc.). (Cfr., así, *La responsabilidad contractual* cit., p. 178, donde recojo la opinión, en este sentido, de OSTI).

(35) En la jurisprudencia se extrae, correctamente, de la calificación de una determinada prestación de hacer como de medios, la consecuencia de que su deudor no puede considerarse como infractor-no (exactamente) cumplidor, por el simple hecho de la no obtención del resultado último o final (*no debido*) que la prestación de medios persigue; sino que es necesario, para tal consideración que falte el resultado (próximo) debido: una prestación diligente: o sea, la culpa-negligencia del deudor. En particular, en el caso del médico no bastará la falta de curación o la presencia de lesiones en el paciente, para establecer el no-cumplimiento del médico: será necesaria la culpa-negligencia (profesional) de éste.

Así, sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de me-

b) En las *obligaciones de hacer de resultado*, será, en forma correlativa a lo visto para las de medios, su propio específico contenido, el que determine cuándo hay infracción-contravención de la obligación *ex art. 1.101 Cc.*, por parte de su deudor: o sea, siempre que no se realice por éste el exacto y concreto *opus* debido: falta absoluta, falta parcial, retraso o inexactitud del cumplimiento debido.

También, por tanto, entre obligaciones de medios y de resultado, al igual que en el terreno del cumplimiento, existe, lógicamente, paralelismo en el ámbito de su infracción-no cumplimiento: hay infracción, como en cualquier obligación, donde no hay exacto cumplimiento, y es la distinta forma de configurar éste, de definir la prestación, en cada caso, lo que, a su vez, se traduce, por fuerza, en distintas configuraciones de los supuestos de infracción de las respectivas obligaciones.

V. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD EN AMBOS TIPOS DE OBLIGACIONES, UNA VEZ NO (EXACTAMENTE) CUMPLIDAS

La infracción o contravención en cualquier forma de la obligación

dios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello, su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes”; sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la Ciencia... [por tanto, y como consecuencia de lo anterior] cuando... no fue posible establecer la relación de causalidad o el resultado dañoso no depende de una conducta culposa, no hay responsabilidad sanitaria”; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): “la culpa no radicará en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta ofrecida [debidamente: actividad profesional diligente]”.

Esta misma idea se maneja con especial claridad en la jurisprudencia italiana: *Cass. civ.* 28 abril 1961 (*Giur. it.*, I, 1, 1962, col. 1.247 y ss., con nota de LEGA): “le obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale sono, di regola, obbligazioni <di mezzi> e non <di risultato>, in quanto il professionista assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Quindi, l’inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato”; *Cass. civ.* 10 diciembre 1977 (*Mass. for. it.*, 1977, n.° 5.363) cit., por DI MAJO, op. cit., p. 485, nota 1: “le obbligazioni del professionista forense, nel contratto di prestazione d’opera professionale, sono, di regola, obbligazioni di mezzo, non di risultato; pertanto l’inadempimento non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione da parte del professionista del dovere di diligenza inerente e adeguato alla natura dell’attività esercitata, il cui accertamento in concreto involge un apprezzamento di fatto”.

ex art. 1.101 Cc.: la no (exacta) realización de la prestación debida, es el *presupuesto necesario* y normativo (según el propio art. 1.101 Cc.) de todo juicio de responsabilidad contractual, pues resulta evidente, que allí donde el deudor ha cumplido: ha realizado exactamente la prestación debida, ninguna cuestión de responsabilidad contractual es suscitabile: la obligación cumplida se extinguió con el cumplimiento, y sobre su base, por ende, ninguna pretensión puede ahora articularse contra el deudor cumplidor.

Esa infracción o contravención constituye lo que he llamado en otros lugares, con terminología ya usada por otros, el *incumplimiento material* o *como hecho*.

A la fijación *fáctica* del incumplimiento [de la falta de (exacto) cumplimiento], ha de seguir el *juicio de responsabilidad* propiamente dicho: la determinación de los casos en que el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde, y de aquellos otros en que, pese a no haber cumplido o no haberlo hecho exactamente, el deudor no-cumplidor resulta exonerado o liberado de toda responsabilidad.

Este segundo plano, es lo que siempre se ha llamado (con terminología que a mí no me parece muy apropiada, pero, en todo caso, en sí misma inocua) la *imputabilidad del incumplimiento*: el deslindamiento entre los casos de responsabilidad (*incumplimiento imputable*) e irresponsabilidad (*incumplimiento inimputable*) del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

En este segundo plano del juicio de responsabilidad (o de la imputabilidad del incumplimiento), es donde juegan los criterios legales de responsabilidad contractual, que implican, sustancialmente, la consideración del límite legal de la responsabilidad contractual: es esta consideración, la que señalará las infracciones del deudor que, por estar dentro del ámbito de responsabilidad definido por tal límite, son jurídicamente relevantes, y las que, por contra, por situarse más allá de él, no acarrearán responsabilidad. (Prescindo aquí, naturalmente, de las posibles alteraciones convencionales que hayan podido introducirse en el funcionamiento de los criterios legales de responsabilidad contractual).

Pues bien, como resulta de los artículos 1.105 y 1.182 y ss. Cc., en su conexión con el artículo 1.101 Cc., el deudor que no cumple o no lo hace exactamente, porque ha sobrevenido, después del momento del nacimiento de la obligación, un evento, originado en una concreta causa a él no imputable, que le ha imposibilitado de cumplir o de hacerlo exactamente, no responde de los daños que hayan podido derivarse de su falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento; en cambio, en todos los demás casos (cuando el cumplimiento o exacto cumplimiento es posible, cuando han sobrevenido imposibles por causa imputable al deudor) el deudor no cumplidor, o no exactamente cumplidor, responde.

El caso fortuito, la imposibilidad liberatoria (imposibilidad sobrevenida de cumplir, o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor) es el único límite legal de la responsabilidad con-

tractual, que se establece, con carácter general, en los arts. 1.105 y 1.182 y ss., para todas las obligaciones y para todas las formas de infringirlas. Por tanto, es el único dato (legal) al que hay que atender, para determinar cuándo una falta de cumplimiento, o de exacto cumplimiento del deudor, está justificada —y, por ello, no desencadena la responsabilidad contractual—, y cuándo, por no estarlo, desemboca en responsabilidad contractual. Con la terminología tradicional, el incumplimiento determinado por caso fortuito es un incumplimiento “inimputable”, y el que no lo está es “imputable”. [La realidad que se esconde detrás de esta terminología, como he explicado en otras ocasiones, es: 1) que cuando la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está determinada por imposibilidad liberatoria-caso fortuito, la obligación no cumplida (*ex* arts. 1.182 y ss.) se ha extinguido —imposibilidad definitiva—, o se halla suspendida —imposibilidad temporal, justificativa del retraso— y, precisamente, por ello —al no haber obligación o estar suspendida en su eficacia— no hay incumplimiento: infracción de una obligación *subsistente*: ha desaparecido, con la obligación —fundamento último de la responsabilidad contractual— el (único) fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento mismo; y 2) que en los demás casos, por no concurrir el hecho complejo exoneratorio-extintivo, nos hallamos ante una obligación infringida por el deudor —no (exactamente) cumplida— y subsistente, es decir, nos hallamos ante el incumplimiento de la obligación como único fundamento de la responsabilidad contractual].

En el plano del juicio de responsabilidad (de la “imputabilidad del incumplimiento”), o sea, de la consideración del límite de la responsabilidad contractual: la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito, nos encontramos con la segunda función y ámbito de relevancia de la diligencia, como criterio (objetivo) de conducta del deudor. La diligencia es, además de criterio de cumplimiento *sólo* para las obligaciones que tienen por objeto una prestación de conducta diligente, criterio general, para *todas las obligaciones* (*ex* arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.), de imputación al deudor, de las concretas causas que determinen sobrevenidamente la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente. Junto a este criterio general, que se traduce siempre en un análisis de la conducta del deudor —en términos de si el evento impeditivo del cumplimiento o exacto cumplimiento era o no diligentemente evitable por su parte: art. 1.105 Cc.—, nuestro ordenamiento también conoce, para ciertos casos, criterios objetivos de imputación, que prescinden, en cambio, de toda valoración de la conducta del deudor.

Por tanto, unicidad del *modelo de conducta* deuditoria, la *misma* diligencia del artículo 1.104 Cc., pero dualidad de *funciones* —criterio de cumplimiento/criterio de imputación—, y de ámbitos de aplicación, que se corresponden a cada una de esas funciones: sólo las obligaciones de medios (criterio de cumplimiento), todas las obligaciones (criterio de imputación).

Con lo dicho hasta aquí, estamos en condiciones de comprender cómo opera el juicio de responsabilidad en las obligaciones de medios y de resultado, y cómo el diferente contenido de sus respectivas prestaciones no afecta al sustancial paralelismo de su proceder, en uno y otro caso; en particular, a la no confusión, en ninguno de los dos casos, del plano de la materialidad del incumplimiento, de la infracción de la obligación como hecho (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento): el *presupuesto* de todo juicio de responsabilidad —sea cual sea el contenido de la obligación infringida—, con el plano del *juicio de responsabilidad* propiamente dicho (la consideración del límite de la responsabilidad contractual), del establecimiento definitivo del incumplimiento (para otros, el establecimiento del incumplimiento “imputable”).

A) Así, en particular, para las obligaciones de medios: una vez establecido el incumplimiento material, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento del deudor, queda todavía por ver, si esa falta está o no justificada, si está o no determinada por caso fortuito, por imposibilidad liberatoria (justificación que, como se verá después, es en todo caso una carga probatoria del deudor no-cumplidor).

En concreto, 1) si la prestación de actividad diligente no se realizó en absoluto (falta absoluta de cumplimiento), 2) si sólo se realizó en parte (cumplimiento parcial), o 3) si se realizó retardadamente respecto del plazo señalado en la obligación (cumplimiento atrasado), el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, no responderá: 1) de la falta total de cumplimiento, si demuestra que éste, en su totalidad y de manera definitiva, ha sobrevenido de imposible realización por una concreta causa a él no imputable; 2) de la falta parcial de cumplimiento, si demuestra que la parte de prestación no satisfecha, ha sobrevenido de imposible cumplimiento por una concreta causa a él no imputable; 3) del retraso en el cumplimiento, si demuestra que el cumplimiento puntual sobrevino imposible, por una imposibilidad temporal (justificativa del retraso y que desapareció después, en el momento de cumplir, cuando el cumplimiento atrasado satisfacía todavía el interés del acreedor) causada por una concreta causa a él no imputable.

4) Los mismos principios se aplican —porque no existe base legal ni lógica para no hacerlo— a la restante forma de contravenir una obligación de medios: el *cumplimiento inexacto*.

Con arreglo al propio contenido de la prestación de hacer de medios (una conducta diligente del deudor), la *culpa*, la *negligencia del deudor*, se revela como no-exacto cumplimiento de la obligación que tiene tal prestación por objeto: el deudor ha desplegado, para cumplir, una actividad que no se ajusta, sin embargo, al parámetro de conducta diligente debida. Por ello, el artículo 1.101 Cc. sitúa la *culpa* como una forma más de infringir o contravenir la obligación, junto al retraso (o, digo yo, y podría decir cualquiera, la falta absoluta o parcial de la prestación): en el terreno del incumplimiento material o como hecho, del pre-

supuesto del juicio de responsabilidad, como paso necesario y previo a éste (36).

Pero ello sólo vale para las obligaciones de medios, pues sólo ellas tienen por contenido el mero despliegue de una conducta diligente: sólo en ellas, por tanto, la diligencia es criterio de exacto cumplimiento, y, por ende, la culpa-negligencia aparece como inexacto cumplimiento. Tal limitación de la culpa como incumplimiento material y, *a contrario*, de la diligencia como criterio de cumplimiento, resulta, por tanto, del contenido de la obligación de hacer de medios, de la prestación entonces debida, y no del capricho de quien esto escribe. En las restantes obligaciones, el inexacto cumplimiento o las restantes formas de infringirlas-contravenirlas, se establecen con relación al propio contenido de su prestación (que no es nunca una mera conducta diligente del deudor).

Pero esta culpa-inexacto cumplimiento en las obligaciones de me-

(36) Como he tratado de explicar en otro lugar (*La responsabilidad contractual* cit., pp. 106-107), la mención del *dolo*, en el art. 1.101 Cc., junto a todas las formas de contravenir o infringir fácticamente la obligación, como si fuera una más de ellas, es equivocada.

El dolo es un criterio de responsabilidad y de responsabilidad agravada del deudor incumplidor, y, como tal, no pertenece al plano de la materialidad del incumplimiento, del presupuesto fáctico del juicio de responsabilidad, sino al plano diverso de este mismo juicio de responsabilidad.

Por ello mismo, al no ser una forma más de materializar el incumplimiento, el dolo puede referirse a *cualquier forma* de incumplimiento material, de contravención de la obligación: tanto a la falta total de cumplimiento —y ésta, a su vez, tanto siendo posible la prestación, como habiendo sobrevenido imposible su realización *in natura* por causa imputable al deudor—; como al cumplimiento atrasado —y éste, a su vez, tanto no existiendo obstáculos al cumplimiento puntual, como existiendo alguno que lo ha imposibilitado por causa imputable al deudor—; como al cumplimiento parcial (y tanto siendo posible cumplir la parte de prestación que falta, como habiendo sobrevenido imposible realizarla *in natura* por causa imputable al deudor); como al cumplimiento inexacto (tanto siendo posible el cumplimiento exacto *in natura*, como habiendo sobrevenido imposible su realización por causa imputable al deudor); todos ellos —cualquier forma de incumplimiento— pueden ser dolosos.

El dolo, pues, es criterio de responsabilidad contractual y de responsabilidad agravada: sirve *ex art.* 1.107 Cc., para agravar las consecuencias de una responsabilidad contractual, que ya se afirmaría (aunque con consecuencias más leves) sobre la base de los principios generales: siempre que faltando el cumplimiento o el exacto cumplimiento, ello no obedezca a imposibilidad, no imputable al deudor no cumplidor, del cumplimiento o del exacto cumplimiento. Opera, por tanto, sobre los incumplimientos que, siéndolo —por no obedecer la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento a imposibilidad liberatoria— caso fortuito: por subsistir una obligación en defecto de exacto cumplimiento—, entrañan, además, ese elemento añadido-agravatorio de la conciencia-voluntad del incumplimiento por parte del deudor incumplidor. O sea, su aplicación presupone —aquí se ve su papel de criterio de responsabilidad y de responsabilidad agravada— no sólo la fijación del incumplimiento material o como hecho, sino un incumplimiento definitivamente determinado (*imputable*), con arreglo a los criterios legales-generales de responsabilidad contractual (en particular, el límite general de la responsabilidad contractual), en cuya aplicación, que presupone, se sobreañade, con las consabidas consecuencias agravatorias.

dios, como las restantes formas de infringir una obligación de medios, como cualquier forma de contravenir toda clase de obligaciones (inexacto cumplimiento incluido), sigue siendo el presupuesto necesario de todo juicio de responsabilidad: la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor, no queda definitivamente establecida por su prueba (que, como se verá después, incumbe al acreedor que pretende la responsabilidad contractual): al deudor no exactamente cumplidor (cuya conducta desplegada para cumplir, no alcanzó el nivel de diligencia debido-exigible), aún le resta la posibilidad de excluir la responsabilidad contractual, demostrando que el exacto cumplimiento (el ajuste de su conducta al nivel de diligencia debida) sobrevino imposible por una concreta causa a él no imputable (lo cual significa: imposibilidad liberatoria-extintiva, que el nivel de diligencia inicialmente debido, ya no lo es: la obligación —con aquel contenido de diligencia inicialmente debido— se ha extinguido sobrevenidamente).

Por tanto, en las obligaciones de medios, siempre que nos hallemos ante un supuesto de inexacto cumplimiento, nos encontramos ante el juego sucesivo de la diligencia en sus dos conocidas funciones: 1) como criterio de cumplimiento, para establecer que la conducta del deudor no se ajustó al patrón de diligencia debida, según la concreta obligación de que se trate (incumplimiento material, falta de exacto cumplimiento *ex art. 1.101 Cc.*); y 2) como criterio general de imputación, en el seno de la prueba liberatoria (*ex arts. 1.105, 1.182 y ss.*), para establecer, si, existiendo imposibilidad de prestar la diligencia debida, por una concreta causa, ésta, en su origen, es o no referible a la negligencia-culpa del deudor.

Dos planos distintos, a no confundir, en que juega la culpa/diligencia: uno *exclusivo* de las obligaciones de medios, como consecuencia del propio contenido de su prestación (diligencia como criterio de exacto cumplimiento/culpa-negligencia como infracción de la obligación: cumplimiento inexacto); otro *común* a todas las obligaciones, culpa/diligencia como criterio de imputación de la concreta causa que imposibilita cumplir o hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria.

Un *mismo patrón* de conducta diligente del deudor (art. 1.104 Cc.), pero que opera en *dos planos* distintos y con relación a la valoración de *dos conductas* del deudor de finalidad diversa: 1) primero, ver si la conducta desplegada por el deudor de una prestación de hacer de medios, se ajusta a lo debido, según la concreta obligación de que se trate: aquí lo que se valora es la idoneidad satisfactiva para el acreedor *de la conducta desplegada por el deudor para cumplir*; y 2) segundo, *sentado que el deudor no ha cumplido exactamente* (que su conducta desplegada para cumplir *no* ha alcanzado el nivel de diligencia que la obligación, de cuya infracción se trate, le imponía), examinar si, existiendo un evento que ha imposibilitado al deudor el exacto cumplimiento (el alcanzar la diligencia que la obligación infringe impone), el deudor no exactamente

cumplidor (de la prestación), ha hecho o no cuanto diligentemente era exigible para evitar-superar ese evento impeditivo: aquí se valora la diligencia en *preservar la posibilidad del cumplimiento o de su exactitud* frente a los eventos que pueden obstaculizarla: el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor *de la prestación*, puede, en cambio, pese a ello, haber hecho cuanto diligentemente era exigible *para vencer el obstáculo que le impide cumplir o hacerlo exactamente*.

Son, en suma, dos esfuerzos diligentes del deudor diversos: uno para cumplir, que resulta del contenido de la obligación (su objeto: la prestación debida); otro para impedir la imposibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento, que, conforme a la buena fe (art. 1.258 Cc.), impone la ley al deudor (arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.), como deber accesorio o integrativo de la relación obligatoria, anexo al deber principal prestacional: *quien no ha cumplido exactamente el deber de prestación* (en las obligaciones de medios, no ha alcanzado en su conducta de cumplimiento la diligencia impuesta por la obligación infringida), puede haber hecho lo diligentemente exigible *para vencer el obstáculo que se lo impide* (en cuyo caso, no responde: la obligación, con el contenido de diligencia en ella previsto, se ha extinguido, *ex arts. 1.184-1.182, 1.105 Cc.*); o, si no hay obstáculo que le impida prestar el nivel de diligencia exigible, o, habiéndolo, tampoco ha hecho lo diligentemente exigible para vencerlo (entonces la imposibilidad de cumplir o hacerlo exactamente le es imputable), hay responsabilidad, porque hay incumplimiento de una obligación: que subsiste y no exactamente cumplida, infringida (arts. 1.101, y 1.184-1.105 Cc., *a contrario*) (37).

(37) Por lo dicho, se comprenderá fácilmente, que me sea difícil creer en la buena fe de quien (CLAVERIA, *ADC*, 1988, p. 1.035 y ss., y allí, p. 1.307), ante mi opinión, expuesta ya en otros trabajos, escribe: “dado que la culpa en la concepción objetivista que Jordano defiende, consiste en la no ejecución de una conducta reclamada por el deber de diligencia, para liberarme de responsabilidad contractual en las obligaciones de medios, deberé probar que la no ejecución de la conducta obligada (incumplimiento material) acaeció a pesar de que yo realicé la conducta obligada (necesaria para poder ejecutar la primera conducta obligada) (!). Kafka quedaría estupefacto”...no menos de lo que yo quedé, al verme atribuir tal cosa. Por lo que deseo dejar constancia (no quiero adornarme con ajenas galas) que tan ininteligible engendro no ha salido de mi cabeza, sino que es fruto de la fecunda inventiva de mi contumaz intérprete.

Repito una vez más, que la prueba liberatoria del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios —como, en general, la prueba liberatoria del deudor no cumplidor en cualquier forma en toda suerte de obligaciones—, *presupone la falta de exacto cumplimiento* (que *no se* alcanzó la diligencia debida, según la obligación, en la actividad desplegada para cumplir): el incumplimiento material; el deudor no cumplidor aspira a sustraerse de la responsabilidad, mediante la prueba liberatoria, pese a la prueba por el acreedor de la falta de exacto cumplimiento (dato que él no discute), demostrando a) que ha devenido sobrevenidamente imposible prestar la diligencia debida y b) que ello ha sucedido pese a desplegarse la diligencia exigible al deudor *no cumplidor de la prestación principal*, para preservar la posibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento de la prestación, para vencer el obstáculo que impide el cumplimiento o exacto cumplimiento.

B) En las obligaciones de hacer de resultado, del mismo modo que para las de medios, el juicio de responsabilidad, presupone, también, necesariamente, el incumplimiento material, la infracción de la obligación *ex art. 1.101 Cc.*: falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento por parte del deudor.

Esta infracción puede asumir las mismas cuatro formas fundamentales que para las obligaciones de medios o cualquier otra obligación: falta total del resultado debido (falta absoluta de cumplimiento); falta parcial de dicho resultado (cumplimiento parcial); retraso en la realización del resultado debido (cumplimiento atrasado), y realización inexacta o defectuosa del resultado debido (cumplimiento inexacto).

Pero tampoco aquí el incumplimiento material —la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento: del resultado debido—, cuya prueba incumbe, también aquí, al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, es la base sobre la que definitivamente se afirma la responsabilidad del deudor no cumplidor: al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor —carga de la prueba liberatoria, también aquí, a él adosada— le queda la posibilidad de demostrar, que la falta del resultado debido o de su exactitud obedece a una imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, derivante de una concreta causa que no le es

La confusión de planos (materialidad del incumplimiento/juicio de responsabilidad) y de conductas diligentes exigibles del deudor (para cumplir —sólo en las obligaciones de medios— /para evitar la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento —común a todas las obligaciones—), no está en mi pensamiento, sino en la imaginación de CLAVERIA.

La descalificación de este intérprete de mis opiniones, por limitarme ahora a sólo otro aspecto de mi planteamiento, por él profusamente distorsionado, quedó patente con mi demostración (*ADC*, 1988, p. 823 y ss.) —como él patéticamente reconoce, *loc. cit.*, pp. 1.306-1.307—, de que me atribuyó, en punto a la naturaleza de la culpa/diligencia, la opinión contraria de la que efectivamente sostengo. Por eso me siento legitimado para haber calificado, entonces, de “escandalosa” la diferencia entre mi opinión (*blanco*: naturaleza objetiva de la diligencia como norma o modelo de conducta), y la que se me atribuye (*negro*: naturaleza subjetiva-volitiva de la diligencia), y de “desastroso” el entendimiento de quien me hace decir lo contrario de lo que digo. Esos calificativos fueron, pues, el producto de llamar, según creo, a las cosas por su nombre.

A ello respondió CLAVERIA (*loc. cit.*, pp. 1.306-1.307), sorprendentemente, que si me atribuyó la opinión contraria de la por mí sostenida, fue, bienintencionadamente, para salvar la coherencia de mi planteamiento. Doy las gracias por ese enternecedor altruismo, pero no creo necesitarlo: no veo la incoherencia que se me imputa, por parte alguna. Pero, de otro lado, en la patética confesión de CLAVERIA, hallo un componente extraordinariamente peligroso, que desvirtúa la crítica bibliográfica, tal y como hasta ahora se había entendido: el crítico puede, dejándola inalterada, no compartir y combatir la opinión del criticado, pero no debe, en modo alguno, modificarla a su gusto, so pretexto de hacerla más “coherente” (en realidad, para acercarla a su personal modo de entender la coherencia: a un punto de vista igualmente discutible). Por la vía apuntada por CLAVERIA, la crítica bibliográfica *degenera necesariamente en censura*, y aquí no puedo dejar de evocar, otra vez, pero ahora dolorosamente, a los Burning. Sirva la sorprendente confesión de mi re-censor, de advertencia a sus posibles futuras víctimas.

imputable. En otras palabras, también aquí, a la fijación fáctica del incumplimiento —de la ausencia de cumplimiento o de exacto cumplimiento—, sigue el juicio de responsabilidad que, a través de la carga probatoria impuesta al deudor no cumplidor, supone la consideración del único límite legal de la responsabilidad contractual, permitiendo fijar, bien definitivamente el incumplimiento —la infracción de una obligación subsistente—, y, con él, la responsabilidad contractual, bien la extinción (imposibilidad liberatoria definitiva) o suspensión (imposibilidad liberatoria temporal) de la obligación cuya infracción el acreedor denuncia, con la consiguiente exoneración del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

En conclusión, entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, también existe, como antes se dijo, un paralelismo en el terreno del juicio de responsabilidad propiamente dicho: en ninguna de las dos basta la falta del cumplimiento o del exacto cumplimiento, determinados con arreglo al respectivo contenido de la prestación debida, para afirmar definitivamente la responsabilidad contractual del deudor —en particular, la negligencia en las obligaciones de medios; la falta de resultado debido en las de resultado—; sino que la responsabilidad contractual sólo se afirma definitivamente tras la consideración, en uno y otro caso, del único límite legal de la responsabilidad contractual, que constituye, por otra parte, una carga probatoria del deudor no cumplidor.

El deudor de una obligación de resultado, que no realiza o no realiza exactamente el *opus* debido, pese a no cumplir (no satisfacer a su acreedor), no responde contractualmente cuando la falta de resultado o de su exactitud obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito; del mismo modo, el deudor de una obligación de medios que no la cumple en absoluto o no exactamente, pese a no cumplir (no satisfacer a su acreedor), tampoco responde contractualmente, cuando la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito.

En uno y otro caso, nos hallamos —imposibilidad liberatoria-extintiva; arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.— ante una causa de extinción de la obligación, sin simultánea satisfacción del interés del acreedor en ella.

En suma, ni el deudor de una obligación de medios que no alcanza en su conducta de cumplimiento la diligencia debida según la obligación, ni el deudor de una obligación de resultado que no obtiene el resultado debido, responden incondicionalmente por ese hecho: el distinto contenido de la prestación debida, en uno y otro caso, no afecta al juego de las mismas reglas generales de la responsabilidad contractual, que valen para cualquier obligación y cualquier forma de su contravención.

VI. EN PARTICULAR, LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS

La aplicación de las normas legales generales de la responsabilidad contractual, en los términos expuestos, nunca ha ofrecido mayores dudas por lo que se refiere a las obligaciones de resultado; en cambio, sí ha suscitado discusión o duda su aplicación a las obligaciones de medios, y, en particular, a su inexacto cumplimiento: la no prestación por su deudor, en la conducta de cumplimiento, del nivel de diligencia debido (culpa-negligencia del deudor).

Esto es lo que justifica, que centremos ahora nuestra atención en demostrar más particularizadamente, cómo el contenido específico de la obligación de hacer de medios, no afecta a la aplicación, para todas las formas de infracción, contravención, de las mismas reglas legales de responsabilidad/exoneración que aplicamos a las obligaciones de resultado.

Pero antes de entrar en esa justificación más detallada, relativa a las obligaciones de medios, me interesa recalcar un solo aspecto del régimen de las obligaciones de resultado. En éstas, y precisamente como consecuencia del modo en que se define la prestación de hacer que tienen por objeto, *desde la perspectiva de su cumplimiento*, no basta con el despliegue por su deudor de una actividad diligente encaminada al logro del resultado debido, si éste no se obtiene: entonces, faltando el resultado debido, existirá, pese al esfuerzo del deudor, ausencia de cumplimiento, y ante esta infracción de la obligación, se abrirá el juicio de responsabilidad (el deudor responderá, siempre y cuando la falta del resultado debido no obedezca a caso fortuito, que a él toca probar). Lo cual, como he dicho antes, no es sino una lógica consecuencia, en el terreno de la infracción de la obligación (del incumplimiento material), del modo en que se configura la prestación debida (el cumplimiento) de estas obligaciones.

Ahora bien, esa irrelevancia, en las obligaciones de resultado, de la diligencia, *en cuanto a su cumplimiento*, no significa, en cambio, *absoluta irrelevancia* de la diligencia para estas obligaciones: en ellas, como en cualesquiera otras, al deudor se impone, como deber integrativo o complementario del deber prestacional principal, el deber accesorio de preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento (de la prestación); y es por eso, que cuando el deudor de una obligación de resultado, o el de cualquier otra obligación, no la cumple, o no lo hace exactamente, porque existe un evento obstativo que se lo impide, sólo queda exonerado de responsabilidad contractual, cuando tal evento sea diligentemente inevitable o invencible: cuando su causa no le es imputable. Así resulta tanto del artículo 1.105 Cc., norma general dictada para todas las obligaciones, como del art. 1.184 Cc., nor-

ma específica para las prestaciones de hacer [que debe, a su vez, ponerse en conexión, por un lado, con el art. 1.182, norma específica para las prestaciones de dar y la propia norma general del art. 1.105, de cuya aplicación conjunta —en el primer caso, por evidente analogía (38)—, resulta la necesidad, también en las obligaciones de hacer, de la inimputabilidad de la causa de la imposibilidad liberatoria-extintiva, al deudor no cumplidor; y, por otro, con la norma general del art. 1.104 Cc., ésta, por cuanto concierne al parámetro o canon de la diligencia exigible al deudor, en la preservación de la posibilidad de la prestación (el cumplimiento) o de su exactitud, y que funciona como criterio general de imputación, para todas las obligaciones, en el seno de la prueba liberatoria-extintiva: el caso fortuito, *ex arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.*].

En otras palabras, así como la diligencia, en su función de criterio de cumplimiento (y, por ende, de determinación del no exacto cumplimiento), es *propio o exclusivo* de las obligaciones de hacer de medios: no se aplica a ninguna otra obligación que no tenga por objeto una mera conducta diligente (por eso se excluyen, también, entre todas las demás, las obligaciones de resultado); en cambio, la diligencia que *ex arts. 1.105 y 1.182 y ss.* (en conexión con el art. 1.104 Cc.), opera, positivamente, como deber integrativo o complementario del prestacional, y, negativamente, como criterio general de imputación en el seno de la prueba liberatoria, se refiere a todas las obligaciones, y entre ellas, también las de hacer de resultado (39).

(38) Comp. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona, 1985 (2.º ed.), p. 257: “en cuanto a las prestaciones de hacer (o, indudablemente, las de no hacer), dispone el art. 1.184 que también quedará liberado el deudor cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible... con el adverbio “también” realiza una remisión a los artículos anteriores, de modo que la imposibilidad ha de ser sin culpa y anterior a la mora (s.2 octubre 1984)”.

(39) En contra de lo que yo sostengo, afirma YZQUIERDO, 1) que en las obligaciones de resultado la diligencia es absolutamente irrelevante (op. cit., pp. 275, 291, 300-301); y 2) en concordancia con ello, que la diligencia, tanto en su función de criterio de cumplimiento, como en la de criterio de imputación, limita su ámbito de aplicación a las obligaciones de medios (op. cit., p. 275).

Por mi parte, observo: *a)* que sólo existe base para afirmar la irrelevancia de la diligencia como criterio de cumplimiento en las obligaciones que no sean de medios: tal base es el propio contenido de la prestación de estas otras obligaciones; *b)* que sobre la base de la norma general del art. 1.105, y de la específica del art. 1.184, está claro que *la ley* impone al deudor de una prestación de hacer, tanto de medios como de resultado, un deber, medido en el patrón de conducta diligente, de preservar la posibilidad del cumplimiento y de su exactitud; deber que, por tanto, *a contrario*, juega como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria-extintiva (deber que, por el propio carácter general del art. 1.105, y de la causa extintiva de la obligación contemplada en los arts. 1.182 y ss., es extensible a todos los deudores de cualquier género de obligación); y *c)* el propio YZQUIERDO se desmiente a sí mismo, cuando admite, para las obligaciones de resultado, la prueba liberatoria del caso fortuito (op. cit., pp. 293-294, nota 79; 300; 302, nota 10; 304): pues bien,

Pero, como ya se dijo, es en la aplicación de los mismos principios válidos, en el terreno del juicio de responsabilidad propiamente dicho (el terreno de la “imputabilidad” del incumplimiento), para las obligaciones de resultado, a las de medios, donde tradicionalmente se han suscitado controversias y se han producido vacilaciones doctrinales.

En concreto, la cuestión podría plantearse en estos términos: son o no son de aplicación, a las obligaciones de medios y a todas sus formas de incumplimiento material (infracción-contravención), las mismas reglas de exoneración/responsabilidad contenidas en los artículos 1.105-1.182 y ss., en su conexión con el art. 1.101 Cc.

Y, concretando todavía más el planteamiento anterior, éste podría reducirse a la cuestión, de si se aplicará o no se aplicará a las obligaciones de medios y a todas sus formas de ausencia de exacto cumplimiento, el mismo límite de la responsabilidad contractual que imponen los arts. 1.105 y 1.182 y ss. —y que se aplica a las obligaciones de resultado—: la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos.

Como se comprenderá, es esta una cuestión que afecta tanto al régimen específico de responsabilidad contractual de las obligaciones de hacer, cuanto al régimen general de las reglas de exoneración/responsabilidad contractual: pues introducir un régimen especial de responsabilidad/exoneración para las obligaciones de hacer de medios, significa, necesariamente, limitar o restringir el ámbito de aplicación del régimen general: señalar, negativamente, ese ámbito.

Por eso mismo, de tal cuestión me he ocupado en trabajos anteriores (los citados en la primera nota de éste), tanto al estudiar las reglas generales de responsabilidad/exoneración contractual del Código civil, como su aplicación a las obligaciones de hacer.

Ahora, en aras de la brevedad, y de ahorrar, en la mayor medida posible, repeticiones, por otra parte inevitables, emplearé, lo más escuetamente que sepa, los mismos razonamientos ya anteriormente utilizados, y procuraré desarrollarlos o completarlos en aquellos puntos que puedan contribuir a hacerlos más convincentes o claros.

Según se desprende fácilmente de cuanto se lleva dicho, lo que subyace en el fondo de la discusión ahora planteada, es la alternativa entre un *mismo* y *único* régimen general de responsabilidad/exoneración contractual para todas las obligaciones y todas sus formas de infracción, o, por el contrario, un sistema *dual* o *plural* de responsabilidad contractual.

Si de algún modo toda la discusión doctrinal subyacente en el pro-

si el caso fortuito es la imposibilidad sobrevenida, por causa no imputable al deudor, del cumplimiento o del exacto cumplimiento, y si la inimputabilidad de la causa de la imposibilidad liberatoria-extintiva se mide, como regla, en la diligencia (ex arts. 1.105, 1.182 y ss., 1.104), entonces resulta que la diligencia-criterio de imputación que YZQUIERDO había echado del ámbito de las obligaciones de resultado por la puerta, la vuelve a introducir, él mismo, por la ventana.

blema de la responsabilidad contractual, puede sintetizarse en cómo compaginar las normas de los Códigos civiles que contemplan, por un lado, la diligencia (la norma general del art. 1.104 C.c. y las normas especiales de las específicas obligaciones de diligencia), y, por otro, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria-extintiva (las normas generales de los arts. 1.105, 1.182 y ss. C.c., y las normas específicas que, para determinadas obligaciones, regulan ese caso fortuito) (40), no puede sorprender, que una de las respuestas que se ofrecen, desde la doctrina, a tal “conflicto” o “contradicción de normas”, es señalar a cada grupo de normas “en conflicto” (las de la diligencia y las del caso fortuito/imposibilidad liberatoria-extintiva), un ámbito objetivo de aplicación diverso: cada uno de ellos se aplica, respectivamente, a un diverso conjunto de obligaciones: es el tipo de obligación (el contenido de su prestación), el que determina, de los dos regímenes de responsabilidad/exoneración contractual “en conflicto”, cuál es el aplicable.

En particular, el régimen de responsabilidad contractual moldeado sobre las normas de la diligencia, se aplicaría a las obligaciones de medios, mientras que el régimen de responsabilidad contractual resultante de las normas del caso fortuito/imposibilidad liberatoria-extintiva, se aplicaría (y sólo se aplicaría) a las obligaciones de resultado.

De este modo, como fácilmente se comprende, nos encontramos ante un sistema de responsabilidad contractual no unitario, sino dual o plural: no existe un único fundamento de la responsabilidad contractual, ni tampoco una única prueba liberatoria del deudor no cumplidor (un único límite de la responsabilidad contractual), sino que uno y otra variarían según cuál sea el sistema de responsabilidad contractual aplicado. Mientras en las obligaciones de medios —en el sistema de responsabilidad contractual asentado en la diligencia— fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa o negligencia del deudor (*culpa probada* por su acreedor), y basta para la exoneración de la responsabilidad contractual la ausencia de culpa (la diligencia); en cambio, en las obligaciones de resultado —en el sistema de la responsabilidad contractual de las normas del caso fortuito— fundamento de la responsabilidad contractual es la infracción en cualquier modo de la obligación: la

(40) De hecho, como he expuesto en otro lugar (*La responsabilidad contractual*, p. 113 y nota 35), el problema de la responsabilidad contractual se identifica en Italia, con el de la armonización sistemática de las normas de la imposibilidad liberatoria-extintiva (con carácter general, art. 1.218 C. civ. it.) y de la diligencia (con carácter general, art. 1.176 C. civ. it.); y en Francia, en modo perfectamente paralelo, con el de la armonización de las normas del caso fortuito (arts. 1.147, 1.148 Cc. fr.), con las de la diligencia (en el C.c. fr. falta una norma general de la diligencia, del tipo de nuestro art. 1.104 Cc. o 1.176 Cciv. it., pero esta norma general se induce por la doctrina, en especial del art. 1.137 Cc. fr. —que se refiere a la diligencia en la custodia— y de las demás normas específicas que imponen al deudor una actividad diligente).

Vid., así, aparte de la doctrina citada en aquel trabajo anterior, LÉGIER, voz cit., n.º 59 y ss.; DERRIDA, voz cit., n.º 47.

falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del resultado debido (*culpa presunta* del deudor, que su acreedor no tiene que demostrar), y la prueba liberatoria del deudor no cumplidor viene constituida por el caso fortuito (imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor; siendo legalmente el criterio general —pero no único— de imputación, la diligencia, el caso fortuito puede definirse aproximativamente como “imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor”).

Este modo de razonar, ha caracterizado, en buena medida, los planteamientos de la doctrina francesa, que, en efecto, como su jurisprudencia, aunque no sin importantes matizaciones, tiende a hacer de la distinción de las obligaciones en de medios y de resultado, una especie de *summa divisio*, que se convierte, así, en piedra de toque de la explicación y aplicación del régimen de la responsabilidad contractual (y, especialmente, de sus reflejos en el terreno de la carga probatoria de acreedor y deudor) (41).

(41) El éxito de la distinción obligaciones de medios/de resultado, en la doctrina y jurisprudencia francesas, justifica que DERRIDA (voz cit., n.º 47) diga de ella: “aussi est-elle aujourd’hui un élément incontestable de notre droit positif”; y que para un jurista extranjero, junto a la constatación de ese éxito, y como su consecuencia, la dualidad aparezca como connotación esencial del sistema de la responsabilidad contractual francés: OHLER, op. cit., p. 6: “Das Begriffspaar <obligation de moyens> und <obligation de résultat> bezeichnet nicht nur zwei Grundtypen von Obligationen verschiedenen Inhalts und verschiedener Organisation, sondern es betrifft in Form von Schlagworten auch den *nervus rerum* des französischen Haftungsrechts, nämlich die Frage...ob sich durch eine Wechselwirkung von Lehre und Rechtsprechung eine Dualität von Systemen herausgebildet hat, die diesen beiden Arten von Obligationen entspricht”.

El éxito francés de la distinción, contrasta con su prácticamente nulo eco en la doctrina alemana de la responsabilidad contractual, OHLER, op. cit., p. 70: “...mag es unverständlich erscheinen, dass das Begriffspaar bei uns praktisch keine Resonanz gefunden hat. Erwähnt wird es ersichtlich nur in Handwörterbuch für Rechtsvergleichung unter “Nichterfüllung”, Bd. 5 und bei FERID, op. cit., p. 17 y ss. [“Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und englischen Recht”, Diss. München, 1932], und STOLL, Festschr. für v. Hippel”.

Sobre el planteamiento dual del sistema de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa, ya me he ocupado en los dos primeros trabajos indicados en la nota 1 de éste. Aparte de los autores franceses allí citados, añádanse los que cito ahora en la nota 3 del presente trabajo. Así, en concreto, vid., p. ej., LÉGIER, n.º 59; WEILL/TERRÉ, op. cit., p. 442 y ss. Vid., también, pero críticamente, RESCIGNO, voz cit., p. 191, y espec., MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 305 y ss.

Como digo en el texto, sin embargo, la doctrina francesa más reciente, tiende a introducir matizaciones que flexibilizan el funcionamiento excesivamente esquemático de la contraposición obligaciones de medios/de resultado. Estas matizaciones son el resultado de la crítica de ESMEIN a tal clasificación (vid. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 74-75, y los autores allí citados; además, cfr., p. ej., DERRIDA, voz cit., n.º 53; LÉGIER, voz cit., n.º 67). Así, por ejemplo, según estos autores franceses, existiría una especie de *tertius genus* —*obligation de résultat atténuée*—, híbrido de las dos categorías típicas, en el cual la

Tal planteamiento dual o plural del sistema de la responsabilidad contractual, como se deduce de lo ya anteriormente dicho (*sub V*), a mí me parece desacertado y, sobre todo, incompatible con las normas vigentes del Código civil sobre responsabilidad/exoneración contractual.

De estas normas (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss.) se desprende que, con carácter general, nuestro Código reconoce *un único límite de la responsabilidad contractual* (la imposibilidad liberatoria-extintiva), límite que vale para *todas las obligaciones* (así se deriva del carácter general del art. 1.105, y del propio carácter general de la causa extintiva regulada en el art. 1.182 y ss.; la doble virtualidad del caso fortuito: extintiva y liberatoria, impone esta doble consideración normativa de su eficacia), y para *todas las formas de contravención de la obligación*, a que se refiere el art. 1.101 Cc. (como resulta del propio carácter general e indiferenciado del art. 1.105, que es correlato, desde el punto de vista de la exoneración, de todos los supuestos de infracción del art. 1.101 Cc.).

En coherencia con el único límite legal de la responsabilidad contractual, establecido con carácter general, nuestro Derecho asienta la responsabilidad contractual, también con carácter general, sobre *un único fundamento*: el incumplimiento: una obligación que subsiste (en defecto de prueba liberatoria-extintiva) y que subsiste infringida (en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento).

El papel de la culpa/diligencia, que, ciertamente, es relevante en nuestro Derecho (arts. 1.101, 1.103, 1.104, 1.105, 1.182 y ss., sólo por citar las normas generales de la responsabilidad contractual), no es el de servir de fundamento a un sistema de responsabilidad contractual “alternativo” y “en conflicto” con el que resulta de las normas (generales o específicas) del caso fortuito.

Para conocer la relevancia de la culpa/diligencia en nuestro sistema de la responsabilidad contractual, basta con recordar sus dos ya conocidas funciones, y situarlas en sus respectivos ámbitos (42), observando cómo, simultáneamente, esa relevancia no empece, sino que presupone, la aplicación de las normas generales, en los términos que resultan de los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.

culpa del deudor no cumplidor se presumiría, pero, para vencer dicha presunción, a aquél le bastaría la prueba de la diligencia (ausencia de culpa), no siendo necesaria la del caso fortuito.

(42) En la literatura posterior a mi libro, *La responsabilidad contractual*, coincidentemente en cuanto a las dos funciones de la culpa/diligencia, y sus respectivos ámbitos (y también con la mayor parte de mi planteamiento general de la responsabilidad contractual y específico para las obligaciones de medios y de resultado), vid. DI MAJO, op. cit., pp. 446, 456 y ss., 463 y ss.; MENGONI, voz “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)” en *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1.072 y ss., y allí, p. 1.090 y 1.097 y ss. (en el mismo sentido que su trabajo precedente, sobre las obligaciones de medios y de resultado, aunque en éste había sostenido una distinta naturaleza de la diligencia, en cada uno de sus dos ámbitos-funciones: vid. mi crítica a tal postura, en *La responsabilidad contractual* cit., p. 232 y ss.).

1) Así, como sabemos, por el propio contenido de la prestación de hacer de medios, la diligencia es criterio de cumplimiento en las obligaciones que tienen tal prestación por objeto, y, *a contrario*, la culpa-negligencia del deudor una forma de infringir-contravenir tales obligaciones (en concreto, un inexacto cumplimiento de las mismas). Se trata de una función de la culpa/diligencia, que, precisamente, por depender del contenido de la prestación, sólo es referible a las obligaciones de hacer de medios (las únicas que tienen por objeto una simple actividad diligente).

Ahora bien, la culpa-negligencia del deudor en su actividad de cumplimiento de una obligación de medios, como su falta absoluta o parcial de cumplimiento, como el retraso en éste, o como la falta de total, parcial, exacto o puntual cumplimiento en las obligaciones de resultado o en cualquier otra obligación, significan sólo que la obligación de que se trata no se ha cumplido exactamente (incumplimiento material o como hecho): son el mero presupuesto necesario del juicio de responsabilidad, en orden a determinar si el deudor no cumplidor responde o no.

2) En este terreno del juicio de responsabilidad *stricto sensu*, de la "imputabilidad" del incumplimiento, encontramos la segunda función y esfera de relevancia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, de la culpa/diligencia.

El único límite de la responsabilidad contractual establecido, con carácter general, por el Código civil, es la imposibilidad liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente por una concreta causa no imputable al deudor no-cumplidor o no exactamente cumplidor. Es esta imposibilidad liberatoria (caso fortuito) la que el deudor no cumplidor ha de demostrar (carga de la prueba liberatoria a él adosada) si quiere eludir la responsabilidad contractual.

Pues bien, en ese límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, podemos distinguir dos elementos diversos:

a) *La imposibilidad sobrevenida de la prestación*: del cumplimiento o del exacto cumplimiento del deudor. Imposibilidad física-material o jurídica, y sobrevenida, que es el reverso de aquel requisito de la prestación (su *posibilidad*: art. 1.272 Cc.), que ha de darse originariamente, en el momento de la constitución de la relación obligatoria, para que ésta válidamente surja. Imposibilidad de la prestación que, como la posibilidad misma, no se mide en la diligencia (como una cierta cantidad de esfuerzo diligente del deudor), sino en la naturaleza de las cosas y en la ley. Aunque, desde luego, para fijar lo que prestacionalmente es posible/imposible (lo que el deudor debe prestar y el acreedor puede exigir; lo que el acreedor no puede exigir ni el deudor debe prestar), hay que tener en cuenta la buena fe objetiva, como parámetro de corrección social y recíproca lealtad entre las partes: en esa veste, en efecto, la buena fe se revela, por un lado, como criterio integrativo respecto del conte-

nido de la relación obligatoria (art. 1.258 Cc.): auxilio para definir lo que se debe por el deudor y se puede exigir por el acreedor, de lo que es inexigible por éste e imprestable por aquél; y, por otro, como límite del derecho del acreedor, frente a eventuales pretensiones abusivas de éste (art. 7-1 y 7-2 Cc.).

La diligencia —como parámetro de conducta diligente— es, por tanto, como regla, completamente ajena al terreno de la determinación de la posibilidad/imposibilidad de la prestación: no está aquí la relevancia de la diligencia en el ámbito del juicio de responsabilidad (43).

b) *La inimputabilidad al deudor no cumplidor* de la concreta causa que le impide cumplir o hacerlo exactamente, es el segundo de los elementos del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria. Y es aquí, como sabemos, donde aparece la segunda función de la culpa/diligencia: la (misma) diligencia del art. 1.104 Cc., es conforme al art. 1.105 y 1.182-1.183-1.184 Cc., el criterio general para establecer, si la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente, es o no imputable al deudor no cumplidor: para establecer si no tiene, o, por el contrario, tiene virtualidad exoneratoria de la responsabilidad contractual (y, con ella, extintiva —imposibilidad definitiva— o suspensiva —imposibilidad temporal— de la obligación no cumplida o no exactamente cumplida).

No hay que confundir, por tanto, en el seno del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, la *determinación* de la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente [*sub a*)], ámbito al que la culpa/diligencia es, como regla, ajena, con la *causación-imputación* de la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente [*sub b*)] (¿pudo o no diligentemente evitar el deudor no-cumplidor, el evento que le impide cumplir o hacerlo exactamente?), ámbito en el que, por *contra*, la culpa/diligencia se nos revela, según la ley, como criterio general de imputación, válido en defecto de otro específicamente establecido (la ley o las aplicaciones prácticas conocen, junto al criterio general, otros que prescinden de la valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor: objetivos, reconducibles a la idea del riesgo).

Y, a su vez, no hay que confundir ninguno de los dos referidos elementos del límite de la responsabilidad contractual que se maneja en el juicio de responsabilidad, con la infracción de la obligación, que es el presupuesto de ese juicio. Es en este otro plano del incumplimiento material, de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del pre-

(43) En el mismo, sentido, últimamente, DI MAJO, op. cit., p. 469 y ss., y allí, p. 470: “impedimento e/o di ostacolo, la cui entità e consistenza...non fosse definibile...alla stregua della regola sulla diligenza...tanto val dire che la nozione di “impossibilità liberatoria” andrà determinata tendenzialmente al di fuori della regola che impone al debitore una certa misura di sforzo”; MENGONI, voz cit., p. 1.073 y ss. espec., p. 1.083 y ss. (con lujosísima y erudita ilustración de los antecedentes doctrinales). Por ejemplo, *ib* p. 1.087: “la *diligentia diligentis* non segna da sola il confine della responsabilità contrattuale”.

supuesto del juicio de responsabilidad contractual, donde se refleja el diverso contenido de la obligación no cumplida (si es de medios, o si es de resultado), pero dejando, como se ve, inalterado el funcionamiento del juicio de responsabilidad mismo, con arreglo a idénticos principios generales.

En cambio, el planteamiento dual aquí criticado, conduce, como ya se ha indicado, a la conversión de la ausencia de culpa, en sustitución de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, en sedicente prueba liberatoria para las obligaciones de medios.

A) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria general de cualquier deudor no cumplidor

Por ello, antes de entrar en las razones por las cuales tal planteamiento es *específicamente* rechazable para las obligaciones de medios, convendrá recordar, aunque sea someramente, las razones por las cuales la ausencia de culpa no es, *en general*, en nuestro Derecho, prueba liberatoria del deudor no cumplidor de cualquier obligación.

Porque, en efecto, hay que recordar, que ha existido un sector doctrinal culpabilista muy minoritario, que en estricta coherencia con el único fundamento asumido de la responsabilidad contractual (la culpa-negligencia del deudor), ha hecho de la prueba liberatoria general del deudor no cumplidor para cualquier obligación, la negación de ese asumido fundamento (esto es, estrictamente la ausencia de culpa, la diligencia del deudor, *prescindiendo* por completo de la *imposibilidad* de cumplir o de hacerlo exactamente). [En cambio, tendré que repetir otra vez, para la mayor parte de la doctrina culpabilista, la que, por feliz incoherencia, a pesar de postular la culpa del deudor no cumplidor como único y general fundamento de la responsabilidad contractual, admite como única prueba liberatoria general la de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, el asentamiento de la responsabilidad contractual en la culpa del deudor, es sólo *verbal* o *terminológico*: detrás del incumplimiento “imputable”-“culpable”, entendiendo éste como el no justificado por caso fortuito, se esconde una realidad que desborda manifiestamente a la culpa del deudor: responde-incumple el deudor que no cumple o no lo hace exactamente por imposibilidad a él imputable del total o exacto cumplimiento, pero también responde el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor mientras la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) es posible, y sin consideración alguna de su diligencia: el consabido ejemplo de las obligaciones genéricas. Si la prueba liberatoria, el hecho exonerador del deudor no cumplidor, ha de ser negación del fundamento asumido de la responsabilidad contractual, el que, para exonerar al deudor no cumplidor, no baste la diligencia (la estricta ausencia de culpa), el que se exija, además, la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, revela por fuerza, aunque sea invo-

luntariamente, que el fundamento de la responsabilidad contractual no es el que se pregona (la culpa del deudor no cumplidor); es, digo yo, el incumplimiento: una obligación que subsiste —porque (a falta de prueba liberatoria) no se ha extinguido, ni se halla suspendida—, y lo hace infringida: en defecto de exacto cumplimiento].

Esas razones por las cuales la ausencia de culpa no puede constituirse en prueba liberatoria general, para cualquier obligación, del deudor no cumplidor, son:

1) Ante todo, porque las normas generales que establecen el límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria del deudor no cumplidor (arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.), lo hacen en la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente por causa inimputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, en el caso fortuito. En otras palabras, *normativamente* la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o del exacto cumplimiento) es también elemento del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, junto a la no imputabilidad de la misma al deudor no cumplidor (inimputabilidad que se establece, sí, con carácter general, en términos de ausencia de culpa del deudor no cumplidor en la causación de la imposibilidad sobrevenida, *ex* arts. 1.182 y 1.105, en conexión, ambos, con el art. 1.104 Cc.; pero que puede establecerse sobre la base de otros criterios legales específicos de imputación).

Este carácter normativo de la imposibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento —la insuficiencia, en suma, de la sola ausencia de culpa como prueba liberatoria del deudor no (exactamente) cumplidor—, está particularmente claro en los arts. 1.182 y ss. Cc., donde el caso fortuito se contempla por su eficacia extintiva (o suspensiva) de la obligación no cumplida (o no exactamente cumplida), pero es igualmente patente en el art. 1.105 Cc., que igualmente presupone, lógica y normativamente, la existencia de un evento que *impide* cumplir o hacerlo exactamente, y es respecto de la causa de ese evento impeditivo (la imposibilidad de prestar o de hacerlo exactamente), en la que sitúa la valoración de la conducta del deudor no cumplidor para vencerlo o evitarlo (44). Al mismo resultado conduce la interpretación sistemática: es un mismo evento (el caso fortuito), con sus mismos elementos y caracteres, pues, el que es contemplado, por su doble eficacia, extintiva o suspensiva de la obligación, y exoneratoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, en dos sedes sistemáticas (la extinción de la obligación y la responsabilidad contractual). Reveladora de esta doble eficacia del fortuito, la letra del art. 1.184 Cc.

(44) Análogamente, DI MAJO, *op. cit.*, p. 470: “il rispetto di un dato normativo (quello della regola sull'*impossibilità*) con il quale si é inteso ancorare il giudizio di (esonero da) responsabilità alla presenza di impedimento e/o di ostacolo...qualsiasi criterio di imputabilità richiama, quale referente necessario, *eventi* o *accadimenti* che abbiano ostacolato l'osservanza del precetto”.

2) En consonancia con lo anterior, la estricta ausencia de culpa como prueba liberatoria general del deudor no cumplidor, *no se corresponde* con las definiciones doctrinal y jurisprudencial del caso fortuito, de la prueba liberatoria (45). Una y otra establecen como requisito o elemento del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, añadido a la ausencia de culpa del deudor no cumplidor, respecto de la causación del evento que le impide cumplir (exactamente), este otro elemento (la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente), al que, precisamente, se refiere el juicio de imputabilidad/evitabilidad, en términos de diligencia del deudor no cumplidor.

Por ello, tanto en doctrina (46) como jurisprudencia (47), el caso fortuito, la prueba liberatoria general aparece definida, conforme a una

(45) Comp. MARTY/RAYNAUD, *op. cit.*, 1, p. 657: "d'autres auteurs ont cherché à supprimer la contradiction [entre las normas de la diligencia —art. 1.137 Cc. fr.— y las del caso fortuito —arts. 1.147-1.148—] en s'efforçant de démontrer que les deux textes aboutissent au même résultat, parce que la notion de force majeure s'identifierait à celle d'absence de faute; mais cela ne correspond pas aux solutions jurisprudentielles et à la notion classique de la force majeure".

(46) Cfr., p. ej., ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1978 (5.º ed.), p. 187 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. 2, Barcelona, 1976, p. 507 y ss.; CASTÁN/GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983 (13.º ed.), p. 226: "acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación"; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1983 (7.º ed.), p. 172, que remite a la doctrina jurisprudencial, en especial a la sent. 7 abril 1965 (vid. nota siguiente).

(47) Así la sent. 7 abril 1965 (R.A. 2.118), que, al resumir los requisitos del caso fortuito, con arreglo a una doctrina jurisprudencial largamente consolidada, de la que se hace eco, establece: "que para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el art. 1.105 Cc., es menester que en su acacimiento concurren, entre otros, los siguientes requisitos: que sea imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (sent. 2 enero 1945 —R.A. 117—), o que previsto, sea inevitable (sent. 23 marzo 1926), insuperable (sent. 10 noviembre 1924)...*que por aplicación de los arts. 1.182 y 1.184 de dicho cuerpo legal haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída* [o sea, sobrevenidamente]". Ultimamente, sent. 20 octubre 1984 (R.A. 4.752): "en relación a la fuerza mayor...*impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales hay que completar con lo dispuesto en los arts. 1.182 y 1.184 del propio cuerpo legal, en cuanto matizan que la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de la obligación previamente contraída*"; sents. 8 (R.A. 2.669) y 10 mayo 1986 (R.A. 2.677): "siendo la esencia vitalizadora del caso fortuito que dicho precepto sustantivo [el art. 1.105 Cc.] regula, y por tanto de la consecuencia de irresponsabilidad que el mismo establece, que el suceso considerado sea imprevisible, insuperable o irresistible, que no se deba a la voluntad del autor del acto enjuiciado, *haciendo imposible el cumplimiento de la prestación* y que haya relación entre el evento y el resultado".

Obsérvese, por tanto, cómo 1) la jurisprudencia pone debidamente en conexión la prueba liberatoria del art. 1.105, con la causa extintiva de los arts. 1.182 y ss. Cc.; 2) como consecuencia de ello, la imposibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento es requisito tradicional de la prueba liberatoria (caso fortuito o fuerza mayor). (En este mismo sentido, vid. la doctrina citada en la nota anterior. Más doctrina puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., pp. 213-214).

ininterrumpida tradición histórica, como “imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor”. Al mismo resultado conduce la correcta identificación —por la recordada conexión sistemática—, común en la doctrina (48), de la formulación “positiva” (art. 1.105 Cc.) y la “negativa” (art. 1.182 y ss. Cc.) del caso fortuito.

[Dicho sea incidentalmente y como recordatorio: la definición habitual del caso fortuito, como imposibilidad sobrevenida e *inculpable* del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en la medida en que, junto al criterio *general* de imputación de la culpa/diligencia, coexisten otros *específicos* diversos (objetivos: en términos de riesgo), es sólo *tendencialmente exacta*].

3) De lo que se lleva dicho, resulta que la conexión sistemática entre la prueba liberatoria general del art. 1.105 Cc. y la causa extintiva del art. 1.182 y ss., además de responder a una secular tradición doctrinal, viene impuesta por la ley.

Romper esa conexión, por ello, no puede sino producir contradicciones en el sistema del Derecho vigente: si decimos que la prueba liberatoria, el hecho exoneratorio del art. 1.105 Cc., es la sola ausencia de culpa del deudor no cumplidor, que *no coincide, por tanto*, con la causa extintiva de los arts. 1.182 y ss. Cc. (que presupone, además, la imposibilidad del cumplimiento, de la prestación), se producen estos dos efectos aberrantes: *a*) la aparición de una sedicente causa extintiva de la obligación, que el Código *no contempla* en la sede sistemática en que regula tales causas de extinción: la ausencia de culpa (diligencia) del deudor no cumplidor (porque, *¿cómo explicar*, de otro modo, la irresponsabilidad de un deudor no cumplidor de una obligación subsistente —en defecto de una *verdadera* causa extintiva de la misma—?); y *b*), en íntima conexión con lo anterior, la absorción de las normas de la imposibilidad extintiva (arts. 1.182 y ss. Cc.), por las de la diligencia (art. 1.104 Cc. y concordantes): las primeras devienen inútiles y carentes de ámbito de aplicación: la imposibilidad ha desaparecido como requisito no sólo de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, sino de la extinción de la obligación no cumplida (49).

Ambos efectos aberrantes confirman la corrección del enlace sistemático entre el art. 1.105 Cc. y los arts. 1.182 y ss. Cc.: al deudor no (exactamente) cumplidor *no le basta*, para exonerarse de responsabilidad contractual, la sola prueba de su diligencia, de su ausencia de culpa, y ha de probar, no en vano, la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito (donde a la ausencia de culpa en su causación, se añade la impo-

(48) Vid. CASTÁN, op. cit., pp. 226-227; ESPIN, op. cit., pp. 187-188; ALBALADEJO, op. cit., pp. 172-173.

(49) Comp. DI MAJO, op. cit., p. 470: “se così non fosse [si la imposibilidad de la prestación no se determinase al margen de la diligencia], si darebbe occasione alla critica non nuova, di eliminare del tutto il concetto di impossibilità”.

sibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento, de la prestación), porque *sólo así* pierde relevancia jurídica la prueba de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento que el acreedor ha dado: con la extinción (o suspensión) de la obligación no cumplida se excluye el (único) fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento (una obligación *subsistente* e infringida: no exactamente cumplida).

4) Un aspecto poco advertido usualmente, pero igualmente muy importante, es que la conversión de la ausencia de culpa en prueba liberatoria general del deudor no cumplidor, repercute negativamente en el propio concepto de obligación [lo que constituye una prueba más de la corrección del planteamiento sistemático que asocia la responsabilidad contractual a la infracción de una obligación subsistente, y la exoneración de responsabilidad por el no cumplimiento o no exacto cumplimiento de una obligación, a la extinción o suspensión de la obligación no (exactamente) cumplida]: de este modo aparece definida negativamente, desde el postulado límite de la responsabilidad contractual de la ausencia de culpa, una noción de obligación, indiferenciada y frágil, que *siempre* tendría por contenido un mero determinado grado de esfuerzo diligente para lograr la prestación de que se trate (ésta no es, entonces, el verdadero objeto de la obligación así concebida), noción de obligación que no se corresponde, en absoluto, con la comúnmente manejada en la teoría del cumplimiento o de la estructura de la obligación: el deudor debe la prestación (la que sea: con sus diversos contenidos), objeto de su obligación, mientras ello resulte posible, mientras la obligación subsista, conserve su eficacia vinculante (50).

5) Finalmente, hay que poner en guardia contra la *ficción de culpa* del deudor no cumplidor, a que puede conducir la absorción de las normas de la imposibilidad/posibilidad de la prestación en las de la diligen-

(50) Lo dicho, tiene el respaldo de la autoridad de un auténtico maestro, vid. MEN-
GONI, voz cit., pp. 1.077-1.078: “la soluzione è cercata dalla dottrina tradizionale in due
direzioni, che portano [1]) o a eliminare la categoria dell'impossibilità dalla teoria della
responsabilità, riducendone la funzione nell'ambito delle cause di estinzione dell'obbligazione...il primo indirizzo fa capo a Donnello e ha avuto seguito soprattutto nelle dottrine
francesi e italiane. Ma la teoria detta della prestazione di diligenza, abitualmente formula-
ta nel solco dell'antica teoria della *prestation des fautes*, è contraddittoria col concetto
di obbligazione, il quale implica una inmancabile correlazione biunivoca tra debito e res-
ponsabilità, così che la liberazione del debitore dall'obbligo di prestazione (ossia la estin-
zione del vincolo) e l'esonero da responsabilità per inadempimento sono espressione di
un medesimo principio...non si può continuare a concepire l'obbligazione sullo schema
della romana *stipulatio*, come rapporto che obbliga il debitore ad una prestazione qualificata
da un risultato utile per il creditore, e poi ridurre la responsabilità per l'inadempimento
nei limiti della semplice diligenza. Se qui si ferma la responsabilità del debitore, allora bi-
sogna coerentemente affermare, argomentando a ritroso, che contenuto dell'obbligo del
debitore non è la prestazione, ma soltanto un certo grado di diligenza, una certa misura
di sforzo in direzione della prestazione”.

cia, consecuencia de la asunción de la estricta ausencia de culpa como prueba liberatoria general del deudor no cumplidor.

De este modo ficticio, se podrá decir que el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde, mientras sea posible el cumplimiento o exacto cumplimiento, porque se halla en culpa. Esto es desnaturalizar la culpa/diligencia, llevarla a un campo —el de la determinación de la posibilidad/imposibilidad de la prestación— al que resulta por completo extraña.

Ciertamente, la doctrina que así razona, llega a las mismas conclusiones, en el plano de la afirmación de la responsabilidad contractual del deudor no (exactamente) cumplidor mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento sean posibles, que las aquí defendidas, pero a costa de borrar del sistema las normas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y sobre una base ficticia [diciendo que hay “culpa” del deudor, donde hay una obligación que subsistiendo —por defecto del hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos, entre ellos la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento—, lo hace, además, infringida: en defecto de (exacto) cumplimiento; donde hay, en suma, incumplimiento: único fundamento de la responsabilidad contractual] (51).

B) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria específica del deudor no cumplidor en las obligaciones de medios

A lo dicho anteriormente (*sub A*) para cualquier obligación, podría, sin embargo, siempre objetarse, que no vale para las obligaciones de medios, por razones específicas propias de éstas y no comunes a las demás obligaciones. Estas razones no podrían derivar, por definición, más que de aquello que confiere especificidad a las obligaciones de medios frente a las restantes obligaciones: *su contenido*, la particular manera de definir en ellas la prestación que tienen por objeto.

Sin embargo, y como ya he adelantado, en mi opinión —coincidente con la de autores mucho más autorizados, por encima de todos ellos, MENGONI, tampoco en el ámbito limitado de las obligaciones de medios, es admisible la mera ausencia de culpa (diligencia) como específica prueba liberatoria del deudor no cumplidor de las mismas; también en ellas aplicamos los mismos principios generales de la responsabilidad contractual que valen para las obligaciones de resultado y todas las demás obligaciones, porque el contenido propio o específico de la prestación de hacer de medios, que tiene relevancia en el terreno del cumplimiento de la obligación y, *a sensu contrario*, en el de la fijación de su infracción: incumplimiento material, ausencia de exacto cumplimiento,

(51) Vid. *La responsabilidad contractual*, cit., p. 171 y nota 160, y p. 297.

deja, en cambio, inalterado el mecanismo del juicio de responsabilidad *stricto sensu* (la “imputabilidad” del incumplimiento), que funciona con arreglo a aquellos mismos principios generales y, en particular, en la consideración del único límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor: la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito (52).

(52) Como digo, en el sentido del texto: la responsabilidad contractual se asienta siempre, para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, también en el caso de las obligaciones de medios y de su inexacto cumplimiento, en el incumplimiento (la infracción de una obligación subsistente); también siempre el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor puede excluir su responsabilidad contractual, a través de la prueba del caso fortuito, la imposibilidad sobrevenida, a él no imputable, del cumplimiento o exacto cumplimiento: única prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual; también en las obligaciones de medios, por tanto, es distinguible el plano de la infracción de la obligación: el incumplimiento material (en el que se sitúa, por lo que se refiere al inexacto cumplimiento, la falta de la debida diligencia en la conducta desplegada por el deudor para cumplir), del plano del juicio de responsabilidad (también el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios puede eludir la responsabilidad contractual, si demuestra que le fue imposible alcanzar el nivel de diligencia debida, por una concreta causa sobrevenida a él no imputable); en ese sentido, digo, fundamentalmente, MENGONI, voz cit., p. 1.097: “in questa seconda ipotesi, in cui oggetto dell’obbligazione è una *facere* misurato dalla diligenza prescritta dall’art. 1.176, che funge perciò da criterio di determinazione dell’esattezza dell’adempimento, si è detto che la prova dell’inadempimento coincide con la prova della colpa. È una caratterizzazione equivoca, che scambia, almeno sul piano terminologico, la diligenza come parametro di valutazione dell’esattezza dell’adempimento con la diligenza come criterio di responsabilità del debitore, quasi che nelle obbligazioni in discorso (considette obbligazioni di diligenza o di mezzi) il limite di responsabilità del debitore non fosse quello indicato dal art. 1.218 [la norma italiana, equivalente de nuestro art. 1.105 Cc., que establece la responsabilidad del deudor no cumplidor, a menos que éste demuestre que la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a una imposibilidad del mismo, originada en causa a él no imputable], bensì la semplice assenza di colpa...la dimostrazione che il debitore non si è adeguato alle regole di comportamento compendiate nel modello dell’art. 1.176, ...fissa soltanto la materialità dell’inadempimento...rimane tutto da svolgere il tema della prova liberatoria formulato dall’art. 1.218. Per esonerarsi da responsabilità il debitore deve provare di essersi trovato, per una causa a lui non imputabile, nell’impossibilità oggettiva di conformare la prestazione alle determinazioni impartite dal modello della diligenza del buon padre di famiglia o più specificamente, trattandosi di attività professionale, del buon professionista”. En el mismo sentido, y con anterioridad, en su clásico y fundamental trabajo, “Obligaciones” cit., pp. 312-313: “El principio per cui la responsabilità per inadempimento è esclusa solo dall’impossibilità oggettiva di adempiere, sopravvenuta per causa non imputabile all’obligato, vale per entrambe le categorie di rapporti [de medios y de resultado]...sono parole assai equivoche [aquellas, de que, en las obligaciones de medios, culpa e incumplimiento coinciden] perchè potrebbero portare a credere che il criterio della diligenza sia sufficiente per fissare definitivamente il fatto dell’inadempimento ai fini dell’obbligo di risarcire i danni. Al contrario occorre avere riguardo altresì alla concreta possibilità di eseguire la prestazione obbligatoria, determinata in base a quel criterio. Potrebbe darsi che il comportamento concreto del debitore non corrisponda a tutti i requisiti del comportamento dovuto, perchè senza colpa del debitore, l’esatto adempimento è

No existe, en efecto, ninguna razón verdadera en la que apoyar un régimen específico o distinto de responsabilidad contractual para las obligaciones de medios:

1) Para empezar, convendrá recordar, que no existe *base legal* para ello.

divenuto impossibile. In tale ipotesi non c'è negligenza (inadempimento), bensì caso fortuito”.

En este mismo sentido, también y recientemente, DI MAJO, op. cit., p. 463 y ss., espec., pp. 471-472 (sistema *unitario* de la responsabilidad contractual, válido para todas las obligaciones y, en particular, tanto para las de medios, como las de resultado, y para todas las formas de contravenirlas: un único fundamento de la responsabilidad contractual —el incumplimiento— y una única prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual —la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, por causa no imputable al deudor no cumplidor—); y pp. 478-479: “...là dove materia di obbligazione sia lo stesso *agire diligente* in vista dell'ottenimento di un risultato (che tuttavia non è *in obbligazione*) [o sea, en las obligaciones de medios] è evidente che lo stesso inadempimento, nella sua materialità, sarà rappresentato dell'agire contrario a cioè negligente...del giudizio di responsabilità ricorrono gli elementi anche con riferimento a quella che si definisce, con formula impropria, la obbligazione *di mezzi*. Basta riconoscere che anche al debitore di una prestazione “di mezzi” è assicurata la possibilità di dimostrare che, nel caso concreto, è stato “impossibile” il rispetto dello sforzo diligente dovuto”.

Vid., igualmente, siempre en el mismo sentido, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 128: “qui [en las obligaciones de medios] non è dovuto il risultato [final o último que persigue la actividad diligente debida], bensì lo spiegamento di un'attività produttiva nell'interesse del creditore; attività che deve essere controllata ad una stregua di diligenza e di abilità tecnica, si intende, però, che anche qui il criterio in parola, quantunque necessario per riscontrare se vi sia stato esatto e puntuale adempimento oppure inadempimento [material], non è sufficiente ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento: perchè, ad.es., bisognerà inoltre vedere se, mancata la prestazione, per lo meno la prestazione esatta e integrale del servizio pattuito, questa mancanza sia imputabile allo stesso debitore che la doveva e non dipenda per avventura da causa a lui estranea, eventualmente dallo stesso creditore che avrebbe dovuto ricevere il servizio e non lo ha accolto”; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pp. 180-181: “infine è molto netta in giurisprudenza la presa di posizione, nonostante l'inquadramento, comunemente seguito, dell'obbligazione professionale nella categoria delle obbligazioni di diligenza [o, lo que es lo mismo, de medios], in ordine all'applicabilità dell'art. 1.218 [Civ. it.]. Si afferma, cioè, sul problema dei limiti della responsabilità e del regime probatorio, che incombe al cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare l'inadempimento [material] del professionista, e cioè, trattandosi di obbligo di diligenza, la difettosa o inadeguata prestazione profesional e il nesso causale tra questa e il danno. E che il professionista, ai fini dell'esonerar da responsabilidad ha l'onere de probar l'impossibilità a lui non imputabile, della perfetta ejecución de la prestación”; MARTY/RAYNAUD, op. cit., I, p. 659: “l'action d'une cause étrangère ou de force majeure peut intervenir pour expliquer pourquoi la diligence préconisée n'a pas été fournie et excuser le débiteur: ainsi lorsque le médecin a été lui-même paralysé par un accident ou une maladie, lorsque le débiteur de l'obligation de conservation a été enlevé par l'ennemi, etc. L'article 1.147 [norma del Cc. fr. equivalente del 1.105 Cc.: el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, puede eludir su responsabilidad, si demuestra el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria] peut donc intervenir même en ce qui concerne les engagements de diligence”.

Rechazan, igualmente, que la distinción de las obligaciones en de medios y de resul-

El art. 1.105 Cc., que es *norma general*, dictada para todas las obligaciones y todas las formas de contravenirlas a que alude el art. 1.101 Cc., se aplica también a las obligaciones de medios y todas sus formas de no cumplimiento o no exacto cumplimiento (53): ¿dónde está la norma, que *contemplando la situación del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de una obligación de medios*, establezca, para exonerarlo de responsabilidad contractual, un hecho exoneratorio diverso —un límite de la responsabilidad contractual, una prueba liberatoria diversos— del establecido con carácter general en el art. 1.105 Cc.?

Por su parte, en la otra sede sistemática del caso fortuito —la extinción de las obligaciones—, donde, por su eficacia extintiva o suspensiva de la obligación no cumplida, el hecho exoneratorio del art. 1.105 Cc. es también regulado, se hace explícita aplicación del mismo, y sin distinguir dentro de éstas, a las obligaciones de hacer: *art. 1.184 Cc.* [El carácter *general* de esta causa de extinción de las obligaciones (su referibilidad a cualquier prestación posible), impondría ese mismo resultado en todo caso, pese a que su regulación del Código civil, por razones históricas, esté fundamentalmente contemplando las obligaciones de dar —la imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1.182 y ss.) se regula, por ello, en nuestro Código, como en general en todos los decimonónicos, bajo la rúbrica “De la pérdida de la cosa debida”, Sección Segunda, Capítulo IV, Libro IV—. Por lo mismo, no ofrece dudas, pese a su no contemplación literal en los arts. 1.182 y ss. Cc., la aplicación analógica de los arts. 1.182-1.184, por identidad de *ratio*, a las obligaciones de no hacer o negativas (54). El carácter general del art. 1.105 —la

tado, signifique una duplicidad de fundamentos y de límites-pruebas liberatorias de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, RESCIGNO, (que afirma, por tanto, la aplicabilidad del art. 1.218 Cciv. it. a todas las obligaciones, también a las de medios), voz cit., p. 191; y, recientemente entre nosotros, MARTÍN PÉREZ, (que acoge, para el Derecho español, la opinión de RESCIGNO y la mía propia, tal y como ya la expresé en *La responsabilidad contractual* cit.), op. cit., pp. 92-93.

Vid., también, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bologna-Zaragoza, 1987, p. 496 y ss., espec., p. 508 y ss., desde un planteamiento no exactamente coincidente con el aquí sostenido, pero también distinguiendo entre la función de la diligencia como criterio de cumplimiento en las obligaciones de medios, y como criterio de responsabilidad-imputación para todas las obligaciones, funciones que no se confunden o solapan, ni siquiera en las obligaciones de medios: la no prestación de la (exacta) diligencia debida, no acarrea necesariamente la responsabilidad del deudor no (exactamente) cumplidor: la falta de (exacto) cumplimiento de una obligación, también de medios, puede obedecer a una causa no imputable al deudor no cumplidor: puede estar justificada y, así, eximir a aquél de responsabilidad contractual.

(53) De forma análoga, para el Derecho francés, y la norma en él equivalente a nuestro 1.105 Cc., MARTY/RAYNAUD, citados y transcritos en la nota precedente: “l’article 1.147 peut donc intervenir même en ce qui concerne les engagements de diligence“. Y véase, también, la doctrina italiana citada en esa misma nota precedente, respecto del art. 1.218 Cciv. it. (equivalente italiano de nuestro 1.105 Cc.).

(54) Cfr., p. ej., DELGADO, en LACRUZ y otros, op. cit., p. 257: “en cuanto a las pres-

contemplación positiva de aquello mismo que negativamente regulan los arts. 1.182 y ss.— conduce a ese mismo resultado].

2) Pero no es sólo que *normativamente* el hecho exoneratorio-extintivo general sea de aplicación a las obligaciones de hacer de actividad (arts. 1.105, 1.182-1.184 Cc.), es que, además, en contra de lo que tan categórica, como, a mi juicio, infundadamente se sostiene (55), una obli-

taciones de hacer (o, indiscutiblemente, las de no hacer), dispone el art. 1.184". Más ampliamente, sobre la aplicación del límite general de la responsabilidad contractual a las obligaciones negativas, vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 472 y ss. Últimamente, vid. EGUSQUIZA, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, 1990, p. 137 y ss.

(55) YZQUIERDO, op. cit., p. 289: "la imposibilidad sobrevenida *resulta*, en un sentido técnico, *exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado*. Es en ellas donde la irresponsabilidad por incumplimiento coincide con la imposibilidad objetiva y absoluta: hay incumplimiento, pero incumplimiento no imputable al deudor, por resultar imposible la prestación (el resultado final) debido a la *sopravenienza* del caso fortuito. Pero si se desea referir el concepto de imposibilidad a las obligaciones de actividad, *nunca se podrá aludir a una imposibilidad de cumplimiento* —pues se cumple con el actuar diligente—, sino a la imposibilidad de satisfacción del interés final del acreedor: por más esfuerzos y desvelos que haya desplegado el deudor para alcanzar la finalidad pretendida, ello no ha sido posible. No ha existido imposibilidad en la prestación —ésta no sólo ha resultado posible, sino, de hecho, cumplida—, sino imposibilidad en una satisfacción final que nunca había sido exigible". Vid., también, op. cit., p. 294, en nota 79: "no concibo el instituto de la imposibilidad liberatoria como límite *general* de la responsabilidad contractual".

A mi modo de ver, este autor, extrae de un dato cierto —en las obligaciones de hacer de medios, el contenido de la prestación es una actividad diligente encaminada a un determinado resultado final, cuyo logro no se incluye, sin embargo, en la prestación debida por el deudor: por ello, éste cumple, cuando habiendo desplegado la conducta diligente debida, no ha obtenido el resultado final no-debido que con ella perseguía—, una conclusión manifiestamente falsa, y que no se deduce, en modo alguno, de aquel dato cierto: pues la prestación de hacer de medios —con el contenido que resulta de la obligación: sin incluir en él el resultado final perseguido con ella y no debido—: *la mera conducta diligente*, puede sobrevenir imposible, por cualquier causa material o jurídica, en su realización total, parcial, exacta o puntual.

YZQUIERDO confunde, en suma, según creo, los planos del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad:

a) Cuando el deudor de una obligación de medios ha prestado la conducta diligente debida, aunque no haya conseguido el fin último perseguido con ella, obviamente ha cumplido (ha prestado el resultado —próximo— debido), y ello *presupone*, desde luego, *la posibilidad del cumplimiento realizado* (esto es, que no ha existido obstáculo para la realización, exacta y puntual, *de la conducta diligente debida*, y que, además, *el resultado final no debido* era de posible realización: este último dato, que YZQUIERDO no tiene en cuenta, también afecta, como se verá después, a la posibilidad de la prestación de medios). La no obtención (*a pesar de no ser imposible*) del resultado final no debido, no afecta, para nada, al dato del cumplimiento: pues el deudor no lo debía, y sí realizó la conducta diligente debida: la propia manera de definir el contenido de la prestación de hacer de medios, presupone que el resultado final no debido (*aun no siendo de imposible consecución*), puede no obtenerse (por depender de otros factores ajenos al control del deudor), a pesar de la conducta diligente (el cumplimiento) del deudor.

b) En cambio, la cuestión de la imposibilidad sobrevenida, *presupone* que el deudor

gación de hacer de medios puede, *fenomenológica, empíricamente*, devenir de imposible cumplimiento (imposibilidad del total o exacto cumplimiento): para lo cual basta que sobrevenga un evento físico u jurídico, que impida al deudor la (total, parcial, exacta o puntual) realización de la conducta diligente debida.

de la obligación de medios *no* ha cumplido o no lo ha hecho exactamente, y que no lo ha hecho porque no ha podido desplegar la actividad diligente debida (el contenido de la prestación, tal y como se define en la obligación: sin incluir el resultado final no debido), o no lo ha podido hacer en parte, o no ha podido alcanzar el nivel de diligencia debida en su conducta de cumplimiento, o no la ha cumplido en el plazo señalado, *porque* un evento sobrevenido (material o jurídico) se lo ha impedido.

El impedimento sobrevenido se refiere, pues, como imponen los principios y las normas (arts. 1.105, 1.182 y ss.), a la prestación debida, con el contenido que tenga: en este caso la propia conducta diligente debida; si bien que en las obligaciones de medios, por la propia naturaleza de la prestación debida —*medio* de un *fin*—, también determina sobrevinidamente la imposibilidad de la prestación, la sobrevinida imposibilidad del fin no debido al que la conducta diligente debida tienda.

En resumen: 1) las obligaciones de medios *se cumplen* cuando se realiza la conducta diligente debida (porque es *posible* realizarla: no hay obstáculo para su despliegue, exacto y puntual, y el fin último a que tiende es *también* posible); 2) cuando *no se cumplen*, ello puede ser debido a que el deudor, por un evento sobrevenido, o se ha encontrado con un obstáculo para desplegar (total, exacta, puntualmente) tal conducta, o el fin no debido, a que tal conducta tendía, ha devenido imposible (en cuyo caso, resulta lógico que el deudor deje de desplegar una conducta para conseguir algo que es ahora imposible). Y, entonces, para exonerar de responsabilidad contractual a este deudor no-cumplidor, habrá que analizar la imputabilidad o no a él de la causa de esa imposibilidad sobrevinida.

En otras palabras, y en contra de lo que piensa YZQUIERDO:

1) El cumplimiento de la obligación de medios, presupone no sólo la posibilidad de la conducta diligente debida, sino también del fin último-no debido a que tiende (este dato afecta también a la posibilidad de la prestación debida), y ello sin perjuicio, desde luego, de que este fin último es en todo caso no debido: por ello, el deudor de una obligación de medios cumple, si despliega la conducta diligente debida, aun sin obtener ese *posible* resultado final (insisto, el cumplimiento de la obligación presupone esta posibilidad, tanto como la de la exacta conducta diligente debida).

2) La imposibilidad de la prestación de medios puede derivar, no sólo de la sobrevinida imposibilidad del fin último no debido, sino, y sobre todo, de la imposibilidad del resultado (próximo) debido: de la total, exacta o puntual realización de la conducta diligente debida (de lo que es, en suma, contenido de la prestación).

y 3) Por tanto, la no-consecución del resultado final no-debido por el deudor de una obligación de medios, *no siempre* depende de la imposibilidad de tal resultado, sino que puede obedecer:

3') A que, aun siendo posible, es en todo caso de consecución *aleatoria*, por ello puede no obtenerlo el deudor que ha desplegado la exacta conducta diligente debida (y, por consecuencia, ha cumplido: cumplimiento que presupone la *posibilidad* y *realización* de la prestación debida, y la *posibilidad* —*pero no realización*— del resultado final no debido).

3'') A que, aun siendo posible el resultado final no debido, que no deja, por ello, de ser aleatorio (la curación de cierto paciente, p. ej.), lo que resulta imposible, por una causa sobrevinida, es la prestación misma que lo persigue: la conducta diligente (p. ej., el médico no pudo tratar aquel enfermo *curable*, por un accidente que se lo impide, totalmente, o hacerlo puntualmente). En este último caso (*sub* 3''), como cuando sobreviene imposible el fin último no debido —*el enfermo inicialmente curable sobreviene incurable*—,

Algunos ejemplos (56): los servicios contratados —por ejemplo, de custodia personal (guardaespaldas) a prestar por personas o empresas particulares; de detective privado— sobrevienen, por ley (*factum principis*), ilícitos o prohibidos; los servicios personalísimos debidos no pueden prestarse (o no puntualmente) porque el deudor sufre algún accidente que se lo impide; la prestación de hacer de medios sobreviene imposible porque deviene imposible el fin último (no debido) a que tiende (57); la prestación de servicios del deudor, sobreviene imposible, en aquellos casos en que, siendo necesaria para realizarla la colaboración del acreedor, éste, por causa a él no imputable —no estando, pues, en *mora credendi*—, se halla en la imposibilidad de recibirla: la imposibilidad de recibir el acreedor, redundando en imposibilidad de prestar para el deudor no cumplidor.

Por la misma vía apriorística rechazada —y con la misma falta de

nos hallamos ante una imposibilidad sobrevinida del (exacto) cumplimiento, y habrá que analizar, para exonerar o no al deudor *no cumplidor o no exactamente cumplidor* —*el juicio de responsabilidad presupone necesariamente la falta de (exacto) cumplimiento, la infracción de la obligación!!*: ninguna consecuencia, por tanto, puede extraerse del cumplimiento de una obligación de medios, en el terreno del juicio de responsabilidad, de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual—, el carácter imputable o no de la concreta causa que la ha determinado.

(56) Cfr. *La responsabilidad contractual* cit., pp. 464-465.

(57) Como he adelantado antes (*sub* nota 55), y como he explicado en *La responsabilidad contractual* cit., pp. 177 y 464, del hecho que la imposibilidad sobrevinida, como elemento del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, haya de incidir precisamente en la prestación de la obligación no (exactamente) cumplida, se deriva que las modalidades y contenidos de la concreta prestación debida, se repercutan en la determinación o establecimiento de su imposibilidad sobrevinida. Este principio general y normativo (arts. 1.105 y 1.182 y ss.) —que deriva de esa necesaria incidencia de la imposibilidad sobrevinida sobre la prestación debida: lo que OSTI llamó el carácter de la *objetividad* de tal imposibilidad—, significa, en concreto, para la prestación de actividad diligente que es objeto de una obligación de medios, entre otras cosas, un ensanchamiento del área de la imposibilidad liberatoria: la obligación sobreviene de imposible cumplimiento, no sólo cuando no puede prestarse (o no exacta, total o puntualmente) la conducta diligente debida, sino también cuando sobreviene imposible el fin o resultado último no debido a que tiende la conducta diligente debida (es decir, la prestación). Pues la imposibilidad de ese fin último no debido, hace imposible, también, una prestación que se concibe como *medio* de ese *fin*, no resultando concebible un esfuerzo diligente dirigido a la realización de un resultado o fin imposible: la imposibilidad del resultado final no debido excluye *en concreto* el carácter de “medio” de todo aquello que abstractamente podría considerarse como tal. El propio *interés del acreedor* en la prestación de medios desaparece cuando sobreviene imposible el fin último o resultado no debido: era éste, recuérdese, el que se buscaba a través (por “medio”) del resultado (próximo) debido: la conducta del deudor.

Otras repercusiones derivantes de ese mismo carácter de la “objetividad” de la imposibilidad sobrevinida, en el régimen de las obligaciones de medios, pueden verse en los lugares citados. (Téngase también presente, lo que a propósito de la valoración de la imputabilidad o no, de la concreta causa de la imposibilidad sobrevinida, al deudor no cumplidor, en las obligaciones de medios, se dice, en ese mismo lugar, pp. 465-466).

fundamento— podría decirse, que tampoco las obligaciones de hacer de medios pueden ser, además de sobrevenida, *originariamente* imposibles: cualquier causa que determine la imposibilidad originaria de la prestación (del cumplimiento) cuando la obligación se quiere contraer, es causa de imposibilidad sobrevenida, si acaece una vez constituida la obligación; y, a la inversa, cualquier causa de imposibilidad sobrevenida, es causa de imposibilidad originaria, si acaece (o ha acaecido) cuando la obligación en cuestión quiere (en vano) contraerse: la distinción imposibilidad sobrevenida/originaria no es una distinción por la *naturaleza* de las causas de la imposibilidad, sino por el *tiempo* en que la misma imposibilidad de la prestación (obedeciente, por qué no, a causas de idéntica naturaleza) se produce en uno y otro caso: después de la (válida) constitución de la obligación, o previa o simultáneamente a la (inválida) constitución de la misma.

En otras palabras, quien piense *de verdad* que las obligaciones de medios no pueden sobrevenir de imposible cumplimiento, tendrá que pensar también que no pueden ser originariamente imposibles (esto es, que no hay causas que hagan imposible el cumplimiento de una prestación de medios); mientras que, como es de sentido común, quien admita la existencia de causas de imposibilidad de la prestación de medios, tendrá que admitir tanto la imposibilidad sobrevenida como la originaria, en función del momento en que se produzca el evento impeditivo.

3) Por lo demás, conviene observar que el planteamiento aquí rechazado (la ausencia de culpa como prueba liberatoria y límite de la responsabilidad contractual específicos del deudor no cumplidor de una obligación de medios), no sólo produce una fragmentación del sistema general de la responsabilidad contractual, en forma de segregación de él, del régimen de las obligaciones de hacer de medios, sino que conduce frecuentemente a la propia fragmentariedad del régimen de responsabilidad contractual aplicable dentro del mismo ámbito de las obligaciones de medios. En particular, en éstas, el límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria variaría en función del tipo de infracción de la obligación de que se trate: sólo para el deudor que ha desplegado una actividad de cumplimiento, cuya exactitud el acreedor discute, es de aplicación el límite de la ausencia de culpa, la sola presencia de una conducta diligente; en cambio, en todos los demás casos de infracción de la obligación: cuando la prestación no se ha realizado en absoluto, cuando sólo se ha realizado una parte de la prestación debida, cuando no se ha realizado puntualmente, el deudor no cumplidor, no íntegramente cumplidor o no puntualmente cumplidor, sólo quedaría exonerado de responsabilidad contractual, en los términos de los arts. 1.105, 1.182-1.184 Cc., cuando demostrase la imposibilidad de cumplir, de cumplir íntegramente o de cumplir puntualmente, por una concreta causa a él no imputable: cuando demostrase, en suma, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria-extintiva.

En este planteamiento fragmentario existe un importante equívoco

en su punto de partida, del que hablaremos después con más detenimiento, pero que, en todo caso, conviene dejar desde ahora señalado: el juicio de responsabilidad-la prueba liberatoria presuponen necesariamente, como sabemos, la infracción de la obligación, la falta de (exacto) cumplimiento: y, cuando el deudor de una obligación de medios demuestra que, *para cumplir*, ha observado la conducta diligente debida, su ausencia de culpa *en el cumplimiento*, no está, dando una prueba liberatoria (que presupone la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, la infracción de la obligación, cuya prueba —del incumplimiento material— incumbe al acreedor que pretende la responsabilidad contractual; de ahí el carácter de *contraprueba* que tiene la prueba liberatoria del deudor *no cumplidor* respecto de la prueba del incumplimiento material dada por el acreedor que pretende la responsabilidad), sino que está demostrando o probando, con arreglo al propio contenido de la prestación debida, que *ha cumplido* su obligación, sin que, por ello, al faltar su presupuesto básico, el juicio de responsabilidad y la prueba liberatoria lleguen siquiera a plantearse.

El *verdadero cumplimiento inexacto*, como otra de las formas posibles de infracción de una obligación de hacer de medios, significa —como todas ellas— falta de exacto cumplimiento: aquí, en particular, que la conducta de cumplimiento efectivamente desplegada por el deudor, *no* ha alcanzado el nivel de diligencia debido: hay, pues, una culpa o negligencia en la actividad de cumplimiento del deudor, *demonstrada* o *probada* por su acreedor, que el primero, por tanto, una vez demostrada, ya no está en condiciones de discutir. Es frente a esa demostrada falta de exacto cumplimiento —como cuando falta la totalidad o una parte de la prestación, como cuando falta la puntualidad en la misma—, frente a la cual el juicio de responsabilidad contractual es susceptible, respecto de la cual hemos de valorar si está más allá o más acá del límite de la responsabilidad contractual, en relación a la cual, como prueba del acreedor insatisfecho, el *deudor no exactamente cumplidor* ha de aportar, si puede, su específica contraprueba liberatoria.

Deshecho ese equívoco, que se deriva de confundir, en las obligaciones de medios, el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad para su cumplimiento inexacto, se nos revela como falso, que en las obligaciones de hacer de medios, como presunta consecuencia del contenido de su prestación (una conducta diligente del deudor) y de la resultante función en ellas de la diligencia (art. 1.104 Cc.) como criterio de exacto cumplimiento del deudor, existan dos reglas de responsabilidad contractual (el art. 1.104 por un lado, y los arts. 1.105 y 1.182-1.184 por otro, con sus respectivas normas específicas concordantes) [con dos consiguientes límites de la responsabilidad contractual-pruebas liberatorias (ausencia de culpa/caso fortuito-imposibilidad liberatoria-extintiva), y dos fundamentos de la responsabilidad contractual (culpa —probada—/incumplimiento de la obligación (culpa presunta)], de forma que la una (art. 1.104 Cc.) se aplique a los supuestos de cumplimiento inexacto

to, mientras la otra (arts. 1.105, 1.182-1.184) a las restantes formas de no cumplimiento, en particular, a la falta total de cumplimiento.

La culpa-negligencia del deudor en la conducta de cumplimiento de una obligación de medios, como inexacto cumplimiento de la misma, se sitúa —como la falta total o parcial de prestación, como la realización atrasada de la misma— en el terreno del incumplimiento material: del presupuesto del juicio de responsabilidad, de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento del deudor (art. 1.101 Cc.); pero a la hora de determinar, si esa falta de exacto cumplimiento está o no justificada, si tiene o no relevancia jurídica para desencadenar la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, en el terreno del juicio de responsabilidad, nos encontramos, *ex arts.* 1.105 y 1.182 y ss. Cc., con unas mismas reglas de responsabilidad contractual: un mismo límite de responsabilidad contractual-prueba liberatoria para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención.

Por eso, del mismo modo que el deudor de una prestación de medios puede no cumplir puntualmente, y si demuestra que ello obedece a una imposibilidad temporal sobrevenida de hacerlo, a él no imputable, no responderá por el retraso; del mismo modo que el deudor de una prestación de medios puede no cumplir en absoluto o en una parte, y si demuestra que ello obedece a una imposibilidad sobrevenida definitiva de toda o una parte de la prestación, a él no imputable, tampoco responderá por la falta total o parcial de cumplimiento; *también* el deudor de una prestación de medios que no alcanza, en su conducta de cumplimiento, el nivel de diligencia debido según la obligación, por la imposibilidad sobrevenida y definitiva de hacerlo, dependiente de un determinado evento a él no imputable, tampoco responderá.

La exactitud en el cumplimiento de una prestación de medios —como la totalidad o una parte de él, como su puntualidad— puede sobrevenir imposible y hacerlo por causa de un evento no imputable al deudor: entonces el deudor no exactamente cumplidor no responde, se exonera de responsabilidad contractual (porque la obligación no exactamente cumplida, con el contenido de diligencia en ella previsto, se ha extinguido) (58).

(58) Vid., en el mismo sentido, todos los autores citados y transcritos, *retro* en la nota 52.

En particular, DI MAJO (op. cit., pp. 477-478, en nota), parte de una correcta aplicación de los principios generales a las prestaciones de hacer: “nelle prestazioni di *facere*, al contrario, fatto impeditivo [imposibilidad sobrevenida] potrà essere anche un evento o circostanza che si riflette sulla persona od economia del debitore, e si dovrà allora [inimputabilidad de la imposibilidad sobrevenida] valutare se il comportamento del debitore non abbia dato luogo e/o comunque avrebbe potuto evitare l’impedimento”. Y sobre esa correcta base, hace ajustadas aplicaciones a las diversas formas posibles de contravención de la obligación: “...le ipotesi menzionate riguardano principalmente l’evenienza in cui il c.d.<fatto impeditivo> abbia ostacolato l’adempimento [total] dell’obbligo. Ma un risulta-

¿Dónde está la razón para excluir a la prestación de hacer de medios respecto del régimen general de responsabilidad contractual aplicable a las demás prestaciones —y a la propia prestación de medios, por lo que respecta a la falta de total, parcial o puntual cumplimiento—? Obviamente, *no* en la ley —arts. 1.105, 1.182-1.184—, que, *sentado*, para toda obligación (de medios y de resultado), *el defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento* (cualquier forma de contravención de la obligación: art. 1.101 Cc.), impone la aplicación de los mismos principios generales de responsabilidad/exoneración. (En cambio, cuando la obligación *se ha cumplido* en conformidad con el contenido de la prestación que tiene por objeto —en las obligaciones de hacer de medios desplegando el deudor la conducta diligente debida— [esto es, cuando la obligación *no se ha infringido*: no falta el (exacto) cumplimiento], ninguna cuestión de responsabilidad contractual puede plantearse, ninguna prueba (contraprueba) liberatoria puede ni necesita darse por el deudor cumplidor).

El contenido específico de la prestación se traduce, para las obligaciones de medios, en la función que, sólo en ellas, desenvuelve la diligencia como criterio de exacto cumplimiento, y, *a contrario*, la culpa-negligencia del deudor como inexacto cumplimiento de las mismas.

Pero esta función específica y exclusiva de la culpa/diligencia en el terreno del cumplimiento/incumplimiento material de las obligaciones de medios, es perfectamente compatible con aquella otra función, común a todas las obligaciones, de la culpa/diligencia como criterio general de imputación en el seno del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria (en el ámbito, pues, del juicio de responsabilidad, del que el incumplimiento material es presupuesto necesario).

En particular, una vez que el acreedor de una obligación de medios ha probado que la conducta de su deudor, *en el cumplimiento*, ha sido

to non diverso dovrà accogliersi anche là dove l'adempimento non sia stato *tempestivo* o se sia rivelato per taluni aspetti *inesatto* (e/o *parziale*). Anche in tale ipotesi l'osservanza dello sforzo diligente dovuto non sarà sufficiente ad esonerare il debitore ove esso non provi l'esistenza di un fatto impeditivo (che abbia ad es. provocato il ritardo). Per l'adempimento inesatto, la distinzione potrà apparire più sottile, potendo sembrare irrilevante la ragione o la causa dell'*inesattezza* (si pensi al caso di consegna di cose viziate o di mandato inesattamente eseguito o di attività professionale non conforme alle regole tecniche). Sono queste le ipotesi che hanno indotto la dottrina a porre l'accento sullo *sforzo diligente dovuto*. Ma ostacoli, almeno di ordine logico, non sembrano sussistere *circa la applicabilità, anche in tali ipotesi del giudizio di responsabilità quale definito dall'art. 1.218* [equivalente italiano de nuestro 1.105 Cc.]”.

O sea, el deudor no exactamente cumplidor, deberá probar, para quedar exonerado de responsabilidad contractual, que ha devenido imposible, por una causa a él no imputable, la exactitud del cumplimiento (en el caso de los ejemplos de obligaciones de medios puestos por este autor: el mandatario o el profesional no exactamente cumplidores deberían demostrar la imposibilidad sobrevenida de alcanzar el nivel de diligencia debido, según su obligación).

negligente (no se ha ajustado al nivel de diligencia que la obligación le imponía): prueba del incumplimiento material, del no exacto cumplimiento de la obligación de medios; el deudor que, *demostrada* por el acreedor su culpa, ya no puede pretender haber cumplido exactamente (es evidente que entre diligencia —ausencia de culpa— y culpa *en la actividad de cumplimiento* del deudor, *sí* hay contradicción: éste no puede haber sido, al cumplir la obligación, diligente y negligente al mismo tiempo: haber cumplido exacta e inexactamente a la vez), *sí* puede, en cambio, con arreglo a los principios generales, oponer a la *prueba* del acreedor (del incumplimiento material, del no exacto cumplimiento), su específica *contraprueba* liberatoria, la prueba de que, *a pesar de no haber exactamente cumplido* (dato que, una vez demostrada su existencia, ya no se puede discutir), no lo ha hecho por la imposibilidad de hacerlo (de cumplir exactamente, de alcanzar el nivel de diligencia debido según la obligación), derivante de una concreta causa a él no imputable. Y esta inimputabilidad se establece, con carácter general (*ex arts. 1.104, 1.105, 1.182-1.184 Cc.*) en términos de diligencia: de no haber podido evitar diligentemente la imposibilidad sobrevenida. Pero, por tratarse de *dos planos distintos* en los que juega el mismo criterio de conducta, *no* hay contradicción entre no haber exactamente cumplido (no haber alcanzado la diligencia debida en la *actividad de cumplimiento*), y no haberlo podido hacer, por una imposibilidad sobrevenida ocasionada en una causa que el *deudor no exactamente cumplidor* (del deber principal, prestacional), no ha podido diligentemente evitar (el deudor no exactamente cumplidor *del deber de prestación*, lo ha sido, entonces, pese a haber sido diligente en la *actividad* —debida como accesoria de la prestacional principal— *de preservación del exacto cumplimiento, de evitación de la imposibilidad del exacto cumplimiento*).

Por operar en ámbitos distintos (en relación a conductas de finalidad diversa), en suma, es por lo que, la prueba de la negligencia del deudor, dada por el acreedor que pretende la responsabilidad, no excluye la (contra) prueba liberatoria del *deudor no exactamente cumplidor*, con arreglo a los principios generales: aquella primera prueba se sitúa, como cualquier otra contravención de la obligación, en el terreno del incumplimiento material, del presupuesto del juicio de responsabilidad, con lo cual se *abre* una cuestión de responsabilidad contractual, que sólo puede resolverse sobre la base de unos mismos principios generales.

Entre los planteamientos fragmentarios de la responsabilidad contractual que se han hecho, merece una mención especial el de GIORGIANNI (59). Para este autor italiano la norma del *Codice civile* equi-

(59) Vid. *L'inadempimento* cit., pp. 228 y ss., y 262 y ss.; voz "Inadempimento (dir. priv.)" en *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 860 y ss., y allí, pp. 874-875, y 878 ss.

De este planteamiento, y de su crítica, me he ocupado más detenidamente, en *La responsabilidad contractual* cit., p. 110 y ss., y 456 y ss. Vid., ahora, asimismo, DI MAJO, op.

valente de nuestro art. 1.105 Cc. [el art. 1.218 C. civ. it.] no sería una norma general de la responsabilidad contractual, sino norma disciplinante de una forma o modo de incumplimiento: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento, del exacto cumplimiento) por causa imputable al deudor no cumplidor. Esta norma serviría para agotar, sustancialmente, el régimen de la responsabilidad contractual de sólo un grupo de obligaciones, aquéllas en que el interés del acreedor en la posibilidad del cumplimiento es el determinante: básicamente en las prestaciones de custodia relativas a cosas determinadas o específicas, objeto de un *dare*. En cambio, en las obligaciones que tienen por objeto un determinado grado de esfuerzo diligente, el interés creditorio determinante o prevalente es que se alcance el nivel de diligencia previsto en la obligación; en ellas la imposibilidad sobrevenida de la prestación es un supuesto absolutamente marginal, y, por tanto, la regla de responsabilidad contractual a tener en cuenta, no es la inducible del art. 1.218 C. civ. it./1.105 Cc., sino la que resulta del art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc.: para exonerar al deudor, basta el concreto esfuerzo diligente impuesto en la obligación, sin tener que llegar al límite de la imposibilidad de la prestación.

En este planteamiento nos encontramos, de nuevo, la ya criticada confusión, para las obligaciones de medios, entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad: prueba liberatoria/límite de la responsabilidad contractual; pues el deudor de una obligación de medios que ha desplegado la conducta diligente debida, ha cumplido, y la cuestión de la responsabilidad contractual es, respecto de él, implantable. Confusión sobre la que, repito, volveremos después, y, de momento, valga lo ya previamente consignado.

De todas formas, en el planteamiento de GIORGIANNI hay un aspecto diferenciador, respecto de la posición de otros “fragmentaristas” del régimen de la responsabilidad contractual, aspecto que, en mi opinión, lo hace más inteligente: este autor italiano no niega la evidencia de que la prestación de medios pueda sobrevenir legal (art. 1.256 C. civ. it./1.184 Cc.) y fenomenológica, empíricamente de imposible cumplimiento, simplemente señala la marginalidad del supuesto, y, sobre esa base, coloca a las obligaciones de medios, sustancialmente —para prácticamente todos los casos de su contravención que se dan en la práctica (los que presuponen la *posibilidad* del cumplimiento o exacto cumplimiento)— en el ámbito de una regla de responsabilidad/exoneración, asumida como tal (el art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc. y las restantes normas específicas sobre la prestación de una conducta diligente), que se contrapone a la que (art. 1.218 C. civ. it./1.105 Cc. y normas específicas

cit., pp. 470-471, que también lo rechaza, y por la misma razón: por su fragmentariedad y por obstaculizar, innecesariamente, una reconstrucción unitaria del sistema de la responsabilidad contractual.

concordantes del caso fortuito), por la razón contraria, absorbe sustancialmente el régimen de responsabilidad/exoneración de un grupo distinto de obligaciones (por referirse al caso de infracción de las mismas que en ellas es más frecuente: la sobrevenida imposibilidad *in natura* del cumplimiento o exacto cumplimiento).

En la injustificada fragmentación del régimen de la responsabilidad contractual —que su más inteligente planteamiento no remedia, sino que conduce a trazar la frontera entre los dos regímenes de responsabilidad/exoneración contrapuestos, por otro lugar—, está el vicio de la tesis de GIORGIANNI, y esto, a parte de llevarle, por la recordada confusión de planos, a convertir la ausencia de culpa/diligencia en sedicente prueba liberatoria para las obligaciones de medios, le lleva también, a aplicar a las obligaciones que no tienen por contenido una actividad diligente, un régimen de responsabilidad distinto, según que la prestación sea posible (aunque se realice tardíamente: básicamente, pues, el caso del retraso): entonces aplica el art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc., la norma de la diligencia; o haya sobrevenido de imposible cumplimiento (entonces aplica el art. 1.218 C. civ. it./1.105 C.c.).

En cambio, como he venido repitiendo, *ex arts.* 1.218 C. civ. it. y 1.101-1.105 Cc., no hay más que una regla general de responsabilidad contractual: un límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, y la prueba de la diligencia en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no es *nunca* una prueba liberatoria (sino de su cumplimiento). Mientras que resulta evidente, en aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual, que la realización atrasada del cumplimiento de cualquier obligación, sea de medios o de resultado, acarreará la responsabilidad contractual, por el retraso, del deudor no puntualmente cumplidor, salvo que éste demuestre la imposibilidad temporal de la realización del cumplimiento, hasta el momento en que lo efectuó, por una concreta causa a él no imputable.

Las reglas de responsabilidad/exoneración no varían según el tipo de obligación o la forma de su contravención: son unas mismas reglas (*arts.* 1.218 C. civ. it./1.105-1.182 y ss. Cc.) las que explican, cualquiera que sea el contenido de la prestación: 1) la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor mientras el cumplimiento total *in natura* o exacto cumplimiento (íntegro *in natura*, exacto *in natura*, puntual) es *posible*; 2) la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor cuando el cumplimiento (total *in natura*) o exacto cumplimiento (íntegro *in natura*, exacto *in natura*, puntual) han sobrevenido *imposibles por causa imputable* a aquél; 3) la irresponsabilidad del deudor no cumplidor cuando el cumplimiento total o exacto cumplimiento (íntegro, exacto, puntual) han sobrevenido *imposibles por causa no imputable* a aquél.

El contenido de la prestación de medios, que tiene sus consecuencias en el terreno del cumplimiento, y, *a sensu contrario*, en el del no exacto cumplimiento (incumplimiento material, presupuesto necesario

del juicio de responsabilidad), sigue dejando imprejuizada la aplicación de los mismos principios generales al juicio de responsabilidad *stricto sensu*.

De todas formas y sin menoscabo de lo anterior, puede concederse a GIORGIANNI, que unas prestaciones sobrevengan de imposible cumplimiento con más facilidad que otras. Este dato *cierto*, deriva de una constatación obvia: la imposibilidad sobrevenida —por su carácter *objetivo*, como diría OSTI-incide, precisamente, sobre la prestación, tal y como se configure en la obligación de que se trate, y, por tanto, el área de incidencia de la imposibilidad sobrevenida, su mayor o menor facilidad de verificación, dependerá de cómo la prestación misma se define en la obligación de que se trate. Pero, obsérvese que tal dato cierto, no sólo no es incompatible con los principios generales de la responsabilidad contractual, sino que *presupone* su aplicación: imposibilidad sobrevenida como elemento componente del límite general de la responsabilidad contractual (válido *ex art.* 1.105 para cualquier obligación, sea cual sea su contenido: su prestación), que es simultáneamente, y no en vano, causa extintiva/suspensiva de toda obligación (sea cual fuere la prestación que tiene por objeto: arts. 1.182 y ss. Cc.).

Puede entonces aceptarse, aunque sólo sea como hipótesis, que en las obligaciones de dar cosa determinada es más fácil que sobrevenga una imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, que en una obligación de hacer de medios [en las primeras hay que tener en cuenta los impedimentos sobrevenidos que afectan tanto a la *conducta* prestacional del deudor y (eventualmente) sus auxiliares, como a la integridad, persistencia física, comerciabilidad de la cosa debida; en las segundas, sólo el primer tipo de impedimentos].

Ahora bien, esa constatación (fenomenológica) deja imprejuizado:

a) Que la responsabilidad contractual del deudor *no cumplidor o no exactamente cumplidor* [cuando hay cumplimiento —en las obligaciones de medios porque el deudor ha desplegado en su conducta de cumplimiento la diligencia debida— *no hay* cuestión de responsabilidad contractual que pueda plantearse y, por tanto, ninguna consecuencia en el juicio de responsabilidad contractual, que presupone la infracción de la obligación, puede sacarse en las obligaciones de medios, de esa diligencia en la actividad de su cumplimiento], sea cual sea el contenido de la obligación, se afirmará siempre, mientras la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) sea posible. Lo cual, obsérvese de nuevo, es una consecuencia de la aplicación de los principios generales, que, frente a la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, empiezan por exigir, para exonerar al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, la imposibilidad sobrevenida del (exacto) cumplimiento. El distinto contenido de la prestación *no cumplida o no exactamente cumplida*, hará más o menos fácil que la posibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento permanezcan, y, por tanto, que, *como consecuencia de la apli-*

cación de los mismos principios generales, la afirmación de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, sea más o menos fácil.

Obsérvese de modo análogo, que es, precisamente, la manera cómo se configura la prestación, el objeto de la obligación de entregar cosas genéricas, el que, al traducirse en una mayor dificultad en que aquella sobrevenga imposible (*sólo* por lo que se refiere al *perecimiento físico* del entero género debido, y si éste no es extraordinariamente limitado), se refleja, *también en la aplicación de las mismas reglas generales de responsabilidad contractual*, en una mayor dificultad de exoneración para su deudor no cumplidor o no íntegra o exactamente cumplidor. [La doctrina tradicional, cegada por el dogma de la culpa, en cambio, construye, también aquí equivocadamente, una inexistente regla particular o especial de responsabilidad contractual] (60).

y b) Que la responsabilidad contractual del deudor *no cumplidor* o *no exactamente cumplidor* también se afirmará, cuando, habiendo sobrevenido imposible la realización *in natura* del cumplimiento o del exacto cumplimiento, ello haya sucedido por causa imputable al mismo. Afirmación de responsabilidad contractual que también es consecuencia de los principios generales, que exigen, para la exoneración de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, no sólo la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, sino, además, la no imputabilidad a aquél de la concreta causa de la imposibilidad.

El distinto contenido de la prestación debida por el deudor no cumplidor, afectará, *es cierto*, a la mayor o menor facilidad de que el cumplimiento o exacto cumplimiento sobrevengan imposibles, *pero* la determinación de cuándo esa imposibilidad sobrevenida (marginal cuanto se quiera, o, por el contrario, de fácil acaecimiento) es incumplimiento (definitivo —total, parcial o inexacto—, o retraso —imposibilidad temporal del cumplimiento—), por ser imputable al deudor no cumplidor, y cuándo, por contra, significa la extinción o suspensión (imposibilidad temporal) de la obligación no cumplida, por no ser imputable al deudor no cumplidor, es algo que se hace siempre en la aplicación de las mismas normas generales: en particular el juego de la diligencia como criterio general, para todas las obligaciones, de imputación de la imposibilidad sobrevenida, cual elemento, junto con ésta, de la prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual.

En conclusión (a) y b)), el distinto contenido de la prestación, afecta, desde luego, a la mayor o menor facilidad con que sobreviene imposible, pero ese dato cierto, deja imprejuizada la aplicación de las mismas reglas, para establecer la responsabilidad contractual en el caso de posibilidad (más o menos difícil de desaparecer) del cumplimiento o

(60) La explicación de la responsabilidad contractual del deudor de cosas genéricas, desde la aplicación de los principios generales (sin recurrir a pretendidas —falsas— reglas especiales), puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., p. 426 y ss.

exacto cumplimiento no realizado, y la responsabilidad contractual o la exoneración, en los casos (más o menos difíciles de producirse) de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado.

4) La razón principal del rechazo de la ausencia de culpa-diligencia del deudor, como específico límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria de las obligaciones de hacer de medios, ya se ha anticipado: tal concepción se apoya en un equívoco: la confusión entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad contractual de esta clase de obligaciones.

Debe recordarse, a este propósito (61), que la doctrina tradicional de la culpa, se ha apoyado, sustancialmente, en un doble dato:

a) La relevancia de la ausencia de culpa, como elemento integrante, junto a la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria. Relevancia que resulta, a su vez, de que legalmente (arts. 1.105-1.182, en conexión con el art. 1.104 Cc.) sea la diligencia el criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, en el seno del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, y que se traduce, en que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, responde contractualmente de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, cuando sobrevenidos éstos imposibles *in natura*, lo han hecho por su culpa. [Ahora bien, esta afirmación de responsabilidad contractual, no convierte a la culpa del deudor en fundamento de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, *ni siquiera en el caso de imposibilidad sobrevenida imputable*: la responsabilidad contractual se afirma en este caso, porque, en defecto de exacto cumplimiento —infringida la obligación—, *no* concurre el hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos (imposibilidad más inimputabilidad al deudor no cumplidor de su causa): la obligación subsiste (con un contenido diverso, devenida imposible la prestación *in natura*: su equivalente pecuniario) y subsiste infringida: el fundamento de la responsabilidad contractual sigue siendo el único y general: el incumplimiento de la obligación. La culpa del deudor (en la evitación de la imposibilidad sobrevenida) no es fundamento *directo o inmediato* de la responsabilidad contractual —repito que es el incumplimiento—, sino, precisamente, por ser elemento negativo de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual (ausencia de la culpa en la evitación de la imposibilidad sobrevenida), fundamento *indirecto o mediato*: su concurrencia determina la exclusión del hecho complejo exoneratorio-extintivo, y con ella la subsistencia de la obligación en defecto de exacto cumplimiento: el incum-

(61) Como señaló OSTI, voz "Impossibilità sopravveniente", en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1982 (ristampa), p. 287 y ss., y allí, pp. 290 y 294; cfr., también, *La responsabilidad contractual* cit., pp. 456-457.

plimiento de la obligación. Por idéntica razón, *la posibilidad de la prestación* (de su cumplimiento o exacto incumplimiento) objeto de la obligación no cumplida o no exactamente cumplida, al excluir el otro elemento del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria —la imposibilidad sobrevenida de la prestación—, es también fundamento indirecto o mediato de la responsabilidad contractual: determina, al excluir su presencia la del hecho complejo exoneratorio-extintivo, la subsistencia de la obligación en defecto de exacto cumplimiento: el incumplimiento como fundamento directo y único de la responsabilidad contractual].

b) La relevancia de la diligencia como criterio de exacto cumplimiento en las obligaciones de medios. Es éste el aspecto que ahora nos interesa, por ser, precisamente de él, del que nace el denunciado equívoco.

Sobre la base de esta indiscutible relevancia, ha sido frecuente afirmar: b') la ausencia de culpa-diligencia del deudor de una obligación de medios, como prueba liberatoria de éste; y b'') la culpa-negligencia del deudor como fundamento de la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios. Una y otra afirmación, a su vez, para algunos de quienes las sostienen, serían confirmación, en el terreno de las obligaciones de medios, de principios igualmente válidos para las restantes obligaciones, mientras que más frecuentemente, para otros, señalarían la existencia de un régimen especial de responsabilidad contractual, sólo aplicable a las obligaciones de medios.

Y, sin embargo, ni una ni otra afirmación son correctas, ni siquiera para las obligaciones de hacer de medios [que no lo sean para las demás, ya resulta, creo, sobradamente de lo hasta aquí expuesto].

b') Naturalmente que es verdad, que el deudor de una obligación de hacer de medios, que prueba que ha desarrollado, en su actividad de cumplimiento, la diligencia debida según la obligación, queda exento de toda responsabilidad contractual, pero ello, porque así demuestra *el cumplimiento* de su obligación, *no* porque esté dando una prueba liberatoria específica (distinta de la general).

El juicio de responsabilidad contractual (la consideración del límite de la responsabilidad contractual, que se sustancia en la posibilidad de la prueba liberatoria, con que se onera al deudor no cumplidor), presupone necesariamente, como he venido repitiendo, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento: cualquier forma de contravención de la obligación (art. 1.101): el incumplimiento material o como hecho.

La prueba liberatoria es, pues, una prueba adosada al *deudor no cumplidor*, a aquél que, *sentada* la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual (*no* pudiendo discutir ya, por tanto, este hecho probado por el acreedor), pretende, *a pesar de no haber cumplido o no haber cumplido exactamente*, eludir la responsabilidad contractual. La prueba liberatoria del deudor *no cumplidor* es, pues, como antes se dijo, una *contraprueba* de la prueba del incumplimiento material, que el acreedor que pretende la

responsabilidad contractual aporta: presupone ésta, por definición y naturaleza (también *por ley*: art. 1.105, en su conexión con el 1.101 Cc.).

Cuando el deudor de cualquier obligación, prueba que ha realizado exactamente la prestación debida según el contenido de su obligación, excluye, con la prueba de su exacto cumplimiento, toda posible cuestión de responsabilidad contractual, que presupone justamente lo contrario: la falta probada de cumplimiento o de exacto cumplimiento. Por tanto, y *con carácter general*, ninguna conclusión puede sacarse en el terreno del contenido del juicio de responsabilidad contractual (del límite de la responsabilidad-prueba liberatoria), del contenido de la prueba del cumplimiento de *cualquier obligación*: se trata de dos planos diferentes e incompatibles.

Naturalmente, el contenido del exacto cumplimiento del deudor, variará según el modo en que se defina la prestación para cada obligación a cumplir: existen tantos cumplimientos posibles cuantas prestaciones (objetos de obligación) posibles: pero esta diversidad no afecta a la identidad del principio general: cumple el deudor que realiza exactamente la prestación objeto de su obligación, sea cual fuere esa prestación. Es ese mismo principio general (aplicado, desde luego, al específico contenido de la misma), el que nos permite decir, que el deudor de una obligación de medios cumple, cuando desarrolla exactamente la diligencia (*rectius*: actividad diligente) debida. No nos hallamos, *por tanto*, *tampoco en el terreno del cumplimiento*, ante una regla especial o particular de estas obligaciones: sino ante la aplicación del principio general a su particular contenido (a la prestación que tiene por objeto).

En resumen, el deudor de una obligación de hacer de medios que despliega, al cumplirla, exactamente la conducta diligente debida, queda, sí, exento de responsabilidad contractual, pero no porque no habiendo cumplido, o no exactamente, su obligación, aporte una (contra) prueba liberatoria específica (distinta de la imposibilidad liberatoria-extintiva/caso fortuito), sino porque, habiendo cumplido exactamente su obligación, elimina *de raíz* la planteabilidad misma de toda cuestión de responsabilidad contractual (al eliminarse, entonces, su necesario supuesto: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento).

En otras palabras, el parangón del deudor de una obligación de medios que realiza, al cumplir, exactamente la conducta diligente debida, debe establecerse con el deudor de una obligación de resultado que realiza exactamente el resultado debido, o con el deudor de una obligación de dar que entrega la cosa debida. Todos ellos cumplen exactamente su obligación, todos ellos conforme al específico objeto (prestación) de la misma, todos ellos eliminan la planteabilidad de cualquier cuestión de responsabilidad contractual, en aplicación de un mismo principio general (aplicado a sus diversas obligaciones, sus diversos objetos).

Obsérvese que, no en vano, llevando la confusión, entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad contractual (límite de la misma-prueba liberatoria), coherentemente hasta sus últimas conse-

cuencias, no sólo debería decirse que la ausencia de culpa-diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de medios es prueba liberatoria para éstas, sino que la exacta realización del resultado debido es prueba liberatoria en las obligaciones de resultado, y así sucesivamente... ¡tantas “pruebas liberatorias”, cuantas prestaciones sea posible definir! Resultado éste, al que, naturalmente, nadie llega, y que resulta, a mi juicio, altamente revelador de la falsedad del planteamiento de que se parte: ¿qué razón hay para convertir la prueba del cumplimiento en (sedicente) prueba liberatoria sólo para una categoría de obligaciones, y no para las demás? *Absolutamente ninguna.*

El paralelismo correcto es el más arriba establecido, el que sitúa a todas las obligaciones, con su diverso contenido, en el mismo plano: el del cumplimiento; la confusión ahora criticada, obedece, en cambio, a situar esas obligaciones de diverso contenido en planos diversos (e incompatibles entre sí), lo que se hace al parangonar 1) el deudor de una obligación de medios que ha realizado exactamente, al cumplir, la conducta diligente debida; 2) con el deudor de una obligación de resultado que no ha realizado o no exactamente el resultado debido, por un caso fortuito que se lo impidió. *Sub 1)* el deudor, con arreglo al contenido propio de su prestación debida, ha cumplido, y la cuestión de la responsabilidad contractual (la prueba liberatoria) queda eliminada por el cumplimiento; *sub 2)*, el deudor, con arreglo al contenido propio de su prestación debida, *no* ha cumplido o no lo ha hecho exactamente, pero, abierto el juicio de responsabilidad contractual por esa infracción de la obligación (incumplimiento material), el *deudor no cumplidor* ha hecho valer el límite de la responsabilidad contractual: ha aportado la *contra-prueba* liberatoria, frente a la prueba del incumplimiento material dada por el acreedor que pretendía la responsabilidad.

Concluyendo, tanto la prueba, *del deudor*, del cumplimiento, en cualquier obligación, como la prueba del caso fortuito, de la imposibilidad liberatoria-extintiva, *del deudor no cumplidor*, excluyen la responsabilidad contractual; pero son pruebas (que tienen por contenido hechos) de distinta naturaleza: la primera se refiere a un hecho extintivo de la obligación y satisfactivo del interés del acreedor, que, precisamente por ello, es *incompatible* con el juicio de responsabilidad contractual [ninguna consecuencia, insisto, puede derivarse en éste, de la prueba del cumplimiento de la obligación]; sólo la segunda es *prueba liberatoria*, prueba que presupone demostrada —por el acreedor— la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento de la obligación: el incumplimiento material, y que permite, a pesar de no haber cumplido o no exactamente, al deudor no cumplidor, quedar exento de responsabilidad contractual: prueba, por tanto, de un hecho extintivo (o suspensivo) de la obligación, pero no satisfactivo del interés del acreedor en el (íntegro y exacto) cumplimiento de la obligación infringida.

La prueba de la diligencia en el cumplimiento del deudor de una

obligación de medios, se sitúa en el primero de los planos: el cumplimiento [y ello, aunque habiéndose prestado, para cumplir, la conducta diligente debida, no se haya obtenido el fin último no debido que se perseguía con aquella: ello no afecta al cumplimiento de la obligación, tal y como se definió su contenido: al prestarse la conducta diligente debida, el deudor prestó el resultado (*próximo*) verdaderamente debido, y, así, el acreedor obtuvo satisfacción de su interés efectivo en el mismo (en la medida en que es *medio* necesario, no siempre suficiente, para conseguir el resultado final no debido, al que miran ambas partes): el resultado final no debido —la curación del paciente del médico, p. ej.— ni era debido por el deudor, ni exigible por el acreedor —no era un interés *jurídicamente* protegido por la obligación—]; y no en el segundo de los planos (el juicio de responsabilidad, la prueba liberatoria), con el que es, también aquí, incompatible (62).

Por lo dicho, se comprenderá fácilmente, que cumplimiento de la obligación de medios (la prestación exacta, para cumplir, de la conducta diligente debida) o de cualquier obligación, y caso fortuito, son dos causas de irresponsabilidad del deudor absolutamente contradictorias

(62) Las ideas expuestas son el resultado de precisar y desarrollar las previamente ilustradas en *La responsabilidad contractual* cit., p. 111, 169, 176, 460-461.

En el mismo sentido, muy especialmente, MENGONI, "Obbligazioni" cit., pp. 189-190: "L'avvocato non è inadempiente per il solo fatto di avere perduto la causa, nè il mandatario solo perchè l'affare concluso non è andato a buon fine. Il contratto col precettore è stipulato "ut pupillus liberalibus artibus instituatur" (D.27, 2, 4), ma questo scopo finale rimane estraneo al vincolo assunto dall'insegnante. Il gestore di affari ha adempiuto la sua obbligazione se ha gerito bene (cioè utilmente) l'affare quand'anche la gestione abbia avuto un seguito sfavorevole per l'interesse del principale. In siffatte ipotesi l'*eventus adversus*, che impedisce la realizzazione dell'interesse primario del creditore [fin último no debido], sopravviene per un caso fortuito; ma il fortuito incide su un risultato che non è in obbligazione, e perciò non è esso la ragione dell'esonerazione del debitore da responsabilità. Il medico che ha curato bene il malato, non risponde dell'*eventus mortalitatis* perchè ha adempiuto la sua obbligazione, non perchè la guarigione è divenuta impossibile senza sua colpa. Nei rapporti sinallagmatici, la precisazione è di somma importanza sotto il profilo del diritto alla controprestazione [en efecto, el deudor que ha cumplido, tiene derecho a recibir la remuneración convenida; el que no ha cumplido por caso fortuito, no responde de su falta de cumplimiento, pero tampoco tiene derecho a ser remunerado por lo que no prestó]; vid. también, *ib*, pp. 307-308: "orbene, se è vero che il contenuto delle obbligazioni "soggettive" si esaurisce in uno "sforzo personale", in un "agere quantum possum" in direzione di un risultato di per sé non compreso nella materia del vincolo, nell'ipotesi in cui tale risultato non sia ottenuto, ad onta dello sforzo spiegato dal debitore alla stregua del grado di diligenza dovuta, una logica corretta impone di concludere che il debitore non è responsabile non già per mancanza di colpa, cioè perchè l'inadempimento non è a lui imputabile, ma piuttosto perchè ha adempiuto la sua obbligazione...il concetto di diligenza come criterio di determinazione del contenuto di certe obbligazioni [de medios] viene confuso col concetto di diligenza come misura della responsabilità per inadempimento, e così la distinzione fra obbligazione di risultato e obbligazione di diligenza, originariamente prospettata in funzione di una diversa estensione dell'oggetto del rapporto, si risolve, nell'elaborazione successiva, in una contrapposizione di due categorie di obbligazioni caratterizzate da una diversa intensità dell'*obstrictio* del debitore".

—no se puede, simultáneamente, cumplir exactamente, y no cumplir o no hacerlo exactamente por imposibilidad sobrevenida inimputable—, que *no pueden darse simultáneamente o conjuntamente* en un mismo caso, aunque si resulte factible que la defensa del deudor las utilice *alternativa o subsidiariamente* (en este último caso, para el supuesto del fracaso procesal de una de ellas) (63).

b⁴) También es falso que, en las obligaciones de medios, la culpa-negligencia del deudor sea fundamento de la responsabilidad contractual.

Como veíamos antes, presupuesto de todo juicio de responsabilidad contractual, es la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de la obligación: la infracción en cualquier forma de la obligación (art. 1.101 Cc.), el incumplimiento material.

A este plano del incumplimiento material, pertenece la culpa-negligencia, como inexacto cumplimiento de una obligación de hacer de medios (el deudor no alcanzó, en la actividad de cumplimiento, el nivel de diligencia que le imponía la obligación no exactamente cumplida). Pero a este mismo plano pertenecen las restantes formas de contravenir una obligación de medios: la falta total o parcial de la prestación debida o su realización atrasada.

Si el incumplimiento material es *presupuesto necesario* de todo juicio de responsabilidad contractual, y tanto de la obligación de medios como de cualquier otra obligación, no es nunca, en cambio, *suficiente* para afirmar la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor. Tras la constatación del incumplimiento material —a través de la actividad probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual—, queda por saber, si la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está o no justificada: la consideración del límite de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, a través de su carga probatoria: la contraprueba liberatoria. Límite de la responsabilidad contractual y contraprueba liberatoria que son los mismos, con carácter general, para todas las obligaciones y todas las formas de su contravención (arts. 1.105 y 1.182 y ss.).

Por eso, una vez fijada por el acreedor la culpa-negligencia del deudor en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no queda afirmada definitivamente la responsabilidad contractual del deudor no exactamente cumplidor: éste puede todavía demostrar, que no ha prestado, en *la actividad de cumplimiento* de la obligación, la diligencia debida, porque ha sobrevenido una imposibilidad de prestarla, a él no imputable —con arreglo al criterio general de imputación: que él no ha podido diligentemente evitar: la diligencia que actúa en este segun-

(63) Una crítica de la utilización conjunta de estas dos causas de irresponsabilidad en la sent. 21 marzo 1950 (R.A. 394), puede verse en "Aspectos problemáticos" cit., pp. 40-41, en nota 14.

do plano del juicio de responsabilidad contractual-prueba liberatoria, es *para evitar el evento que impide cumplir o hacerlo exactamente*, y, en esta misma función, es aplicable, *ex arts. 1.105 y 1.182 y ss.*, a todas las obligaciones y todas las formas de contravenirlas; aquella otra función de la diligencia, en el plano del cumplimiento, y, *a sensu contrario*, del incumplimiento material (culpa-negligencia), del presupuesto del juicio de responsabilidad contractual, es exclusiva de las obligaciones de medios: las que tienen por objeto una conducta diligente—.

Esto que vale para el inexacto cumplimiento, como una forma de incumplimiento material de las obligaciones de medios, vale, como hemos visto, para las restantes (el deudor que no realizó en absoluto la prestación, que la realizó sólo en parte, que la realizó atrasadamente, no responderá de la falta de total, íntegro o puntual cumplimiento, cuando demuestre que obedecieron a una imposibilidad sobrevenida, a él no imputable, de cumplir total, íntegra o puntualmente), y también para todas las contravenciones de cualquier obligación (en particular, las de resultado: el deudor que no realiza total, íntegra, puntual o exactamente el resultado debido, no responde, cuando demuestra la imposibilidad sobrevenida de la totalidad, integridad, puntualidad o exactitud del cumplimiento).

El contenido diverso de las distintas obligaciones (de sus prestaciones), se refleja en el establecimiento de su infracción, de su falta de exacto cumplimiento: aplicando un *mismo principio general* (no hay exacto cumplimiento allí donde la prestación debida no se realiza en los términos de la obligación que la tiene por contenido) a los *diversos objetos* de cada obligación; pero esa diversidad de objetos (de prestaciones) deja inalterada la aplicación de los principios generales de responsabilidad y exoneración.

Por tanto, cuando se pretende hacer de la prueba por el acreedor de la culpa-negligencia del deudor en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, un fundamento irrefutable de responsabilidad contractual, se está confundiendo el plano del incumplimiento material (la falta de exacto cumplimiento), con el del juicio de responsabilidad contractual (límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria). El parangón correcto a establecer, es también aquí, el que sitúa a las obligaciones de diverso contenido, en el mismo plano: la posición del deudor de una obligación de medios no exactamente cumplidor (negligente en el cumplimiento) es equiparable a la de un deudor de una obligación de resultado que no realiza exactamente el resultado debido: antes de afirmar la responsabilidad contractual de uno y otro, es preciso considerar, a través de la actividad probatoria del deudor no cumplidor —contraprueba liberatoria frente a la prueba del incumplimiento material—, el límite general de la responsabilidad contractual.

Desde este punto de vista que, salvando la confusión de planos, respeta, para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, los mismos principios generales de responsabilidad/exoneración, no sólo

se mantiene *siempre* la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito, como la única prueba liberatoria (*de verdad*) general, sino que, al mismo tiempo, y no en vano, mantenemos el incumplimiento de la obligación (la infracción de una obligación subsistente) como único fundamento general de la responsabilidad contractual: válido también, en particular, para las obligaciones de medios y para su inexacto cumplimiento [el razonamiento que a continuación se desarrolla para el inexacto cumplimiento, puede repetirse, *mutatis mutandis*, para *cualquier forma de contravención de cualquier obligación*]: el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios —negligente en la actividad de cumplimiento de su obligación— responderá contractualmente [como cualquier otro deudor no exactamente cumplidor de cualquier otra obligación]: 1) cuando el exacto cumplimiento —la prestación del nivel de diligencia debido según la obligación no cumplida— sea posible; 2) cuando el exacto cumplimiento ha sobrevenido imposible por causa imputable al deudor no cumplidor; en uno y otro caso [1) y 2)], por falta de la imposibilidad liberatoria-extintiva (caso fortuito) con todos sus requisitos, nos hallamos ante una obligación que subsiste y subsiste no exactamente cumplida: ante el incumplimiento de la obligación como fundamento de la responsabilidad contractual.

En cambio, cuando existe inexacto cumplimiento en una obligación de medios (negligencia en la actividad de cumplimiento), [o en cualquier otra obligación], pero ello obedece a una imposibilidad sobrevenida, no imputable al deudor no cumplidor, de la exactitud del cumplimiento (de alcanzar la diligencia que impone la obligación al deudor en su conducta de cumplimiento), el deudor no exactamente cumplidor no responde, pese a la falta de exacto cumplimiento, y no responde porque la obligación no exactamente cumplida (con el nivel de diligencia que imponía) se extinguió.

Por eso, como he dicho en otro lugar (64), y siguiendo la opinión de MENGONI (65), en la medida en que la culpa-negligencia del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, no siempre desemboca en responsabilidad contractual (no, cuando está justificada por caso fortuito), no siempre entraña un *verdadero incumplimiento* (el que

(64) Vid., p. ej., *La responsabilidad contractual* cit., p. 179 y ss.

(65) Últimamente, *voz cit.*, p. 1.097, y ya anteriormente, “Obbligazioni” cit., pp. 312-313 [cfr. *retro*, fragmentos transcritos en nota 52], y p. 366 y ss., espec., pp. 375-376: “la dimostrazione che il debitore non si è adeguato ai criteri di condotta propri dell’ideale *bonus vir*, assunto come termine di raffronto, non implica affatto la risultanza definitiva della colpa, ma soltanto della materialità dell’inadempimento, del momento oggettivo della violazione dell’obbligo...a norma dell’art. 1.218 Cciv. it. (1.147 Cod. Nap.), allorché il cliente abbia provato che il medico non ha eseguito l’operazione a regola d’arte, non ha osservato le normali regole diagnostiche, ha adoperato apparecchi antiquati, ecc., non basta al convenuto provare la carenza di colpa ma occorre che provi l’impossibilità oggettiva di eseguire una prestazione tecnica regolare, sopravvenuta per causa a lui non imputabile”.

Cfr. los demás autores citados *retro*. en la nota 52.

resulta definitivamente de la consideración del límite de la responsabilidad contractual: no hay incumplimiento, *sino extinción de la obligación no cumplida*, en el supuesto de caso fortuito), la afirmación de que “*incumplimiento es igual a culpa del deudor*”, no es verdad, ni siquiera para las obligaciones de medios, y ni aun siquiera para la sola forma de contravención de su inexacto cumplimiento [para las restantes formas de contravención, es falsa con mayor evidencia]. En cambio, esa misma afirmación (*incumplimiento = culpa-negligencia*), sí es cierta, sólo por lo que se refiere al *inexacto cumplimiento* como *una* de las formas de contravención de las *solas* obligaciones de medios, en el terreno del *incumplimiento material*, que deja imprejuzgada la aplicación de las reglas generales de responsabilidad/exoneración, de la que es presupuesto necesario.

Por contra, es, precisamente, del error de situar la culpa-negligencia en el cumplimiento de un deudor de una obligación de medios, en el terreno del juicio de la responsabilidad contractual (y no en el del incumplimiento material), del que nacen los conocidos (y ya criticados) errores de 1) convertir la culpa en fundamento de la responsabilidad contractual del deudor; 2) convertir la ausencia de culpa en prueba liberatoria del deudor.

En definitiva, y como resulta de todo lo dicho [*sub A*) y *sub B*)], la ausencia de culpa-diligencia, ni es prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual de la obligación de medios, ni de ninguna otra obligación, y ni para el inexacto cumplimiento, ni para ninguna otra forma de infracción de la obligación.

Las reglas generales de responsabilidad/exoneración: la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual y el fundamento de la responsabilidad contractual, son siempre, con carácter general, los mismos para toda obligación y toda forma de su contravención.

El contenido específico de la prestación de las obligaciones de hacer de medios, se revela en el terreno de su cumplimiento y, *a sensu contrario*, de su infracción: inexacto cumplimiento; pero esta primera función específica de la diligencia como criterio de exacto cumplimiento de las *solas* obligaciones de medios, es compatible con, y presupuesto de, la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad contractual: por ello, el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, responde contractualmente mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento es posible [la obligación de hacer de medios, como cualquier otra, se debe mientras la prestación es posible, mientras subsiste su eficacia vinculante; y la imposibilidad de esa prestación —el evento impeditivo del cumplimiento o exacto cumplimiento—, como de cualquier otra, se determina, como regla, al margen de la norma de conducta diligente del deudor *ex art. 1.104 Cc.*], o si han sobrevenido imposibles (*in natura*) por su culpa, pero no cuando lo hayan hecho sin ella [segunda función de la diligencia, como norma de conducta del deudor,

referida no ya a la actividad de cumplimiento de la obligación, sino a la instrumental-accesoria de ésta, también debida, de preservación por el deudor de la posibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento (de evitación de los eventos que puedan sobrevenidamente afectarla). Esta segunda función de la diligencia es común a todas las obligaciones, sea cual fuere su objeto (66)].

(66) Por lo que hace a la posición de la *jurisprudencia*, se orienta claramente en el sentido aquí defendido, la jurisprudencia italiana. Dos ejemplos: *Cass.* 28 abril 1961 cit., [*Giur. it.*, I, 1, 1962, col. 1.247 y ss., con nota de LEGA, y allí, col. 1.255]: “la giurisprudenza è costante nell’affermare che, in materia di responsabilità del prestatore d’opera intellettuale, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato cagionato dalla insufficiente o inadeguata attività, e cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, *rimanendo a carico di quest’ultimo la dimostrazione della impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione*”; *Cass.* 21 diciembre 1978 (*Giur. it.*, 1979, I, 1, cols. 953 y ss., y allí col. 958): “incombe al cliente, il quale assuma di avere subito un danno, l’onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l’esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, *mentre incombe al professionista l’onere di provare l’impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione*”.

Estas dos sentencias, y alguna otra, ya las había manejado en “Aspectos problemáticos” cit., pp. 65-66. Otras muestras de esta jurisprudencia italiana “*molto netta*”, pueden encontrarse en VISINTINI, op. cit., pp. 180-181, en nota 158 (y vid., también, el texto inequívoco de esta autora, transcrito *retro*, en nota 52). El planteamiento, pues, es claro: distinción, también para las obligaciones de medios y su inexacto cumplimiento, entre el plano del incumplimiento material (del defecto de exacto cumplimiento) y el del incumplimiento definitivo (“imputable”): prueba del incumplimiento material a cargo del acreedor que pretende la responsabilidad contractual y posibilidad de contraprueba liberatoria a cargo del deudor no-cumplidor.

En España, últimamente, *parece* aludir a la posibilidad de la contraprueba liberatoria general, por parte del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, frente a la prueba del incumplimiento material (no exacto cumplimiento: culpa, negligencia), por parte del acreedor, la sent. cit. 26 mayo 1986 (*R.A.* 2.824): “por ello [por ser la obligación del médico normalmente sólo de medios] su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, *sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad*, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos”.

A propósito de la sentencia italiana citada, *Cass.* 21 diciembre 1978, y refiriéndose a mi precedente trabajo arriba citado, escribe YZQUIERDO, op. cit., p. 311, nota 43: “obsérvese que la sentencia comentada por Jordano, admite lo que éste no hace: la categoría de la ausencia de culpa (*avere eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione*), como diferente del caso fortuito (*evento imprevisto ed imprevedibile*)”.

Por mi parte, observo:

a) Que la ausencia de culpa-diligencia del deudor, a que se refiere la sentencia italiana, no es sino la prueba del cumplimiento de una obligación de medios, con arreglo al propio contenido de su prestación. Prueba que da su deudor para evitar la planteabilidad misma de toda cuestión de responsabilidad contractual: el deudor discute al acreedor el hecho mismo de la contravención de la obligación, del incumplimiento material (de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). El deudor demandado de responsabilidad contractual discute, así, en suma, el hecho constitutivo de la pretensión (resarcitoria) de

VII. REPERCUSIONES DE TODO LO ANTERIOR EN EL TERRENO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. A) CARGA DE LA PRUEBA DEL ACREEDOR QUE PRETENDE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL; y B) CARGA PROBATORIA DEL DEUDOR NO CUMPLIDOR QUE PRETENDE ELUDIRLA

El principio general de la carga de la prueba, es que al actor incumbe la prueba de los hechos en que fundamenta su pretensión: *hechos constitutivos* de la misma; mientras que al demandado, la de aquellos otros que sirven para desvirtuarla o neutralizarla (*hechos obstativos o extintivos* de la pretensión actora, que, desde otro punto de vista, son constitutivos de la pretensión defensiva del demandado). Esta norma se formula así, en esos términos tan generales, en las codificaciones más modernas (p. ej., el art. 2.697 C. civ. it.), mientras que en las menos recientes, tal principio general, ha de *inducirse* de su aplicación legislativa a una singular pretensión: la de cumplimiento de la obligación (art. 1.214 Cc. = 1.315 Cc. fr.).

La norma general de la carga de la prueba, explicitada o inducida, es una norma *procesal*, que señala al Juez el modo de resolver la *litis*, para el caso de falta o insuficiencia de prueba de un determinado hecho (constitutivo o extintivo): precisamente, contra la parte procesal onerada con su prueba. Se trata, por ello, como dice la más autorizada doctrina, de una norma procesal sobre el riesgo de la falta o insuficiencia de prueba, a cuyos efectos, por tanto, lo importante, para eludir sus

su acreedor. No se trata, por tanto, de una prueba liberatoria del deudor *no cumplidor o no exactamente cumplidor*: pues la prueba liberatoria es contrapueba de la prueba del incumplimiento material: presupone éste *probado, establecido*; mientras que el deudor que ha *cumplido exactamente*, excluye en todo caso el juicio de responsabilidad contractual: la posibilidad y necesidad de la (contra) prueba liberatoria.

En suma, me parece que aquí, como en otros lugares de su obra (op. cit., pp. 289 y 302-303 —vid. *retro*, nota 55—), YZQUIERDO confunde, en los términos ya criticados, la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios (ausencia de culpa del deudor en la actividad de cumplimiento), con la prueba liberatoria que presupone, por contra, necesariamente la falta de exacto cumplimiento.

Y b) Que la transcrita sentencia italiana en cuestión, como las demás citadas, admite para las obligaciones de medios, con toda claridad (para realizarla me he permitido subrayar los correspondientes párrafos), como *verdadera prueba liberatoria* —la que presupone la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento del deudor—, la del caso fortuito o imposibilidad liberatoria. Y aquí, sí, lo que admite la sentencia italiana, ni lo parece advertir, ni lo admite YZQUIERDO (vid., op. cit., pp. 202, 288-289, 293 y nota 79, 300, 301, 304, 305); mientras para la sentencia italiana, como para mí, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de una obligación de medios, como el de cualquier otra obligación, puede eludir todavía su responsabilidad contractual, a través de la *verdadera* prueba liberatoria general del caso fortuito o imposibilidad liberatoria del cumplimiento o exacto cumplimiento; para YZQUIERDO ese mismo deudor no cumplidor de una obligación de medios, ya no puede de ninguna forma eludir tal responsabilidad.

consecuencias perjudiciales, es que los hechos en que se apoyan las pretensiones de cada parte procesal, aparezcan suficientemente probados, aunque no sea por su propia iniciativa: también por la actividad probatoria de oficio del Juez, o la (incauta) actividad probatoria de la contraparte. Por esto último, no es del todo exacto decir, que cuando un determinado hecho es carga probatoria de una determinada parte procesal, a ella incumbe probarlo: es más exacto decir, que ella soporta el riesgo de la falta o insuficiencia de su prueba. Con todo, la primera forma de expresión es aproximativamente exacta: la parte procesal onerada con la carga de la prueba de un determinado hecho, es la más interesada en darla, y normalmente será por su iniciativa que se dé (pues ni puede confiar por sistema en el descuido probatorio de su contraparte, ni en la limitada indagación *ex officio* de los hechos que se da en el proceso civil). Cuando esta forma de expresión (sólo aproximadamente exacta) se use en lo sucesivo, dése por repetida la antedicha advertencia.

Aquella norma general procesal de la carga de la prueba, es, precisamente por su carácter procesal, una norma *neutra* desde la perspectiva del Derecho sustantivo. Lo cual quiere decir, que la aplicación de tal norma general procesal *presupone*, lógicamente, la previa calificación de los hechos a probar, como constitutivos o extintivos-obstativos, pero tal calificación no se hace por el Derecho procesal, sino que ese Derecho remite al Derecho sustantivo: es éste el que señala, para cada pretensión, su hecho constitutivo y su hecho obstativo, y sobre tal calificación extraprocésal, opera la aplicación de la norma general procesal, que la *presupone*.

Pues bien, para abordar la concreta pretensión de responsabilidad contractual que ahora nos ocupa, habremos de partir, por tanto, de lo que, según el Código civil, es para el acreedor fundamento o hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, y de lo que, por contra, es, también según el Código civil, hecho obstativo-extintivo de tal pretensión, o, lo que es lo mismo, hecho constitutivo de la pretensión liberatoria o exoneratoria del deudor no cumplidor.

a) Carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual

Como he explicado más detenidamente en otros lugares (67), el hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor que reclama la responsabilidad contractual, es la infracción de la obligación, el incumplimiento material o como hecho: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento. Así se desprende del art. 1.101 Cc., la norma sus-

(67) Vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 249 y ss. (y ya en pp. 180-181), y “Aspectos problemáticos” cit., p. 61 y ss. Así, también, muy particularmente, MENGONI, “*Obbligazioni*” cit., p. 366 y ss., y allí, espec., pp. 373-374.

tantiva que contempla tal pretensión. (El acreedor que no pueda probar el incumplimiento material, podrá siempre pedir, probando la obligación del deudor, el cumplimiento, pero no la indemnización de otros daños; a distinto fundamento de la pretensión —obligación infringida/obligación existente—, se corresponde también un contenido distinto de la pretensión creditoria —responsabilidad contractual/cumplimiento—).

Con arreglo al art. 1.101 Cc., por tanto, al acreedor le basta la simple prueba de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, mientras que, con arreglo a los arts. 1.105 y 1.182 y ss., es al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, a quien incumbe, frente a tal prueba, la específica contraprueba liberatoria de la imposibilidad liberatoria-extintiva/caso fortuito. Si la responsabilidad contractual se desencadena, como consecuencia de un incumplimiento determinado después de la consideración del límite de la responsabilidad contractual, de las aludidas normas, en combinación con el principio general de la carga de la prueba inducible del art. 1.214 Cc., resulta, que la determinación *definitiva* del incumplimiento (“imputable”), es un riesgo probatorio del deudor no cumplidor (a cuya actividad probatoria se abandona la consideración de aquel límite); a su acreedor le basta probar el incumplimiento material, la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento: la prueba *inicial* del incumplimiento (cuya relevancia jurídica, en orden a desencadenar la responsabilidad contractual, puede todavía, *posteriormente*, ser desvirtuada por el deudor no cumplidor, a base de la contraprueba liberatoria).

Al acreedor que pretende la responsabilidad contractual incumbe probar, por tanto, (o, mejor, como sabemos, la ley le adosa el riesgo de la falta o insuficiencia de la prueba de) estos hechos: 1) la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina); 2) la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento, en cualquiera de sus formas, por parte del deudor; y 3) Los daños que hayan derivado de esa infracción: prueba tanto de su *importe*, como de su *derivación causal* de aquélla. [Evidentemente, cuando la prestación no se ha realizado en absoluto, en parte, exactamente o puntualmente, la prueba del daño *no* se refiere a la prestación entera, la parte no realizada, los elementos de exactitud que faltan, *in natura* (si es todavía posible), o su valor (si ha sobrevenido imposible, sin que el deudor no cumplidor haya demostrado la inimputabilidad a él, de la concreta causa de esa imposibilidad sobrevenida), pues tal prestación (total, íntegra, exacta) sigue siendo debida —objeto del subsistente deber de cumplir a cargo del deudor—, *sino* a los demás daños que derivan del incumplimiento].

Sobre la base de unos *mismos* principios generales (art. 1.101, en conexión con el art. 1.214 Cc.), se llega a idénticas consecuencias, por lo que respecta a la carga probatoria del acreedor, tanto en las obligaciones de medios, como en las de resultado.

El acreedor de una obligación de resultado que pretende la respon-

sabilidad contractual de su deudor, habrá de probar, aparte de los otros aspectos indiscutidos arriba expuestos, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de su deudor: la no realización en absoluto, la realización sólo parcial, la no exacta realización, o la impuntual realización del resultado debido.

Del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, junto a los restantes elementos indiscutidos, deberá probar el incumplimiento material de la obligación: la no prestación en absoluto de la conducta diligente debida, la realización sólo parcial de la conducta diligente debida, la realización atrasada de la conducta diligente debida, o la no exacta realización de la conducta diligente debida: o sea, que la conducta *de cumplimiento* del deudor, no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación. Esto último, es la culpa o negligencia del deudor (*en la actividad de cumplimiento*), como inexacto cumplimiento de la obligación de medios, como forma de incumplimiento material de tal obligación, y contenido, por tanto, de la carga probatoria del acreedor (68).

(68) Es afirmación doctrinal corriente, en efecto, que el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, ha de probar (además de los otros elementos indiscutidos: daños, nexos causal) la culpa o negligencia de éste en el cumplimiento, que denuncia como base de su pretensión. Vid., p. ej., MENGONI, "Obbligazioni" cit., pp. 372-373, 375-376, 380 y ss.; voz cit., p. 1.097; DI MAJO, op. cit., pp. 461-462; VISINTINI, op. cit., pp. 180-181 (*retro*, en nota 52); YZQUIERDO, op. cit., pp. 301-302; ATAZ, op. cit., p. 171; WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 4, 443-444 y 447; MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 673. Mi postura puede verse desarrollada en *La responsabilidad contractual* cit., p. 266 y ss., y "Aspectos problemáticos" cit., p. 61 y ss., espec., p. 64 y ss.

La doctrina sobre la carga probatoria del acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, se halla, como ya he indicado (*vid. retro*, nota 66), particularmente asentada en la *jurisprudencia italiana*. A lo ya dicho entonces, me limitaré a agregar ahora la doctrina de otras dos sentencias italianas, en los términos transcritos por DI MAJO (op. cit., p. 487 y nota 7): "si impone così al cliente di dimostrare, oltre che la esistenza del danno, anche il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, mentre incombe al professionista il dimostrare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione dovuta. Vd. Cass. 18 giugno 1975 (*Mass. For. it.*, 1975, n.º 2.439). [Esta primera sentencia, ya la había manejado yo en "Aspectos problemáticos" cit., *vid.*, pp. 45, nota 22, y 66, nota 54]. Secondo Cass. 5 agosto 1985 (*Mass. For. it.*, 1985, n.º 4.386) grava sul committente l'onere di provare non solo di avere sofferto un danno ma anche che questo sia stato cagionato da insufficienza dell'opera svolta dal professionista, mentre rimane a carico di quest'ultimo l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione".

También es clara, al respecto, la posición de la más reciente *jurisprudencia española* referida a la responsabilidad del médico: el paciente (o sus herederos) que pretende la responsabilidad de aquél, no sólo ha de probar el daño sufrido (las lesiones, o secuelas producidas por el tratamiento u operación), sino también la infracción de las normas del buen hacer profesional, con arreglo al estado actual de la ciencia, o de las normas deontológicas (la negligencia o culpa profesional), y el nexo causal entre el daño probado y la

La necesidad de probar por el acreedor la culpa del deudor, en las obligaciones de medios, no nace, en suma, ni de una norma sustantiva, ni de una norma procesal específicas, sino de aplicar a su no exacto cumplimiento, los *mismos* principios que a las restantes formas de contra-

infracción denunciada del médico-deudor (o auxiliar del deudor-principal: ente clínico, público o privado). De esa *necesidad de prueba* de la negligencia denunciada, resulta, en correcta aplicación de los principios generales de la carga de la prueba, que la falta o insuficiencia de prueba de la misma, conduce a la denegación de la responsabilidad del médico-demandado: el acreedor-paciente no ha colmado la carga probatoria que sobre él pesaba: la del hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad: la insuficiencia o falta de tal prueba es un riesgo procesal suyo.

Así, por ejemplo, la sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824) —*vid. retro*, nota 32—, al no resultar probada la culpa-negligencia del cirujano-demandado, lo absuelve de responsabilidad. La carga probatoria del acreedor-demandante de responsabilidad se afirma especialmente, al decir: “por ello [al ser la obligación del médico normalmente de medios] su responsabilidad ha de basarse en una culpa *incontestable*, es decir *patente*, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes”. Esta misma sentencia pone de relieve, cómo también es necesario —y pertenece a la carga probatoria del acreedor-paciente— el nexo causal entre el daño y la negligencia del médico, estableciéndose, en el caso de la sentencia, una causalidad diversa del daño: “no aparece un nexo evidente entre la conducta del agente y el resultado sobrevenido, prescindiendo de las circunstancias de enfermedad prolongada y del quebrantamiento del organismo debido a ello y de lo avanzado de aquélla, como lo pusieron de relieve las repetidas intervenciones quirúrgicas que sufrió”. Más claramente aún, sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “*porque la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente* o a sus herederos o representantes legales [o voluntarios, claro]”. Por tanto, al no resultar de la prueba del acreedor-paciente, suficientemente, la culpa-negligencia de los médicos-demandados, se absuelve a éstos de la pretendida responsabilidad: “en el caso debatido los fundamentos fácticos no dan base para afirmar una culpa o negligencia del médico cirujano ni del anestesista, y la prueba a cargo del demandante no ha conseguido llegar a la conclusión que el recurso establece, alterando los hechos probados ante el Juez de Primera Instancia”. Tampoco en la sent. 12 febrero 1988 (R.A. 943), resultó de la prueba del actor que pretendía la responsabilidad, la culpa-negligencia de los médicos demandados, que fueron, igualmente, absueltos de la demanda (*vid. retro*, nota 32). Sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “*estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa*, ya que a la relación causal material o física, ha de sumarse el reproche culpabilístico”, y, por tanto, “cuando, por el contrario, no fue posible establecer la relación de causalidad o el resultado dañoso no depende de una conducta culposa, no hay responsabilidad sanitaria”; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): “la culpa que ésta (la paciente) atribuye ha de resultar probada mediante la justificación de no haber empleado el médico la diligencia exigible en su actuar profesional...cuando el resultado no deseado no se acredita fuese debido a un comportamiento culposo o negligente en el actuar médico, sino a una imprevisible complicación surgida enteramente ajena al precitado médico actuante en la intervención quirúrgica de que se trata, y por tanto a la correcta intervención quirúrgica realizada y que le fue encomendada...”, entonces, procede, como en el caso de la sentencia, la absolución del médico, de toda responsabilidad por los resultados de la operación o tratamiento; sent. 12 febrero 1990 (R.A. 677): “*la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño, incumbe probarla al paciente...por lo que su responsabilidad (del médico) ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente*”.

A propósito de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual de su deudor en las obligaciones de medios, es detectable un movimiento juris-

vencción, válidos para las obligaciones de medios y cualquier otra obligación: el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, ha de probar la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de la obligación, y es el contenido específico de la prestación en las obligaciones de

prudencial y doctrinal, especialmente en el caso de la prestación médica, que tiende a aliviarla por razones de equidad: la especial sensibilidad hacia los bienes (salud, integridad personal, vida) que la prestación sanitaria desatenta pone en peligro, y la dificultad que para el actor, ajeno al mundo profesional de la medicina, puede entrañar el establecer la negligencia técnica del médico.

Los instrumentos de esa flexibilización de la carga probatoria del acreedor, son fundamentalmente dos: 1) la técnica de la presunción simple o *praesumptio hominis* como prueba indiciaria o indirecta de la negligencia (técnica o profesional) del médico; y 2) la generosidad interpretativa en el establecimiento del nexo causal entre actuación sanitaria y daño experimentado por el paciente. De ambos fenómenos —1) y 2)—, me he ocupado ya, en “Aspectos problemáticos” cit., p. 75 y ss. Vid., también, YZQUIERDO, op. cit., p. 305 y ss. Comp. DI MAJO, op. cit., p. 487: “taluni intravedono nella prova che fa carico al creditore-cliente (en las prestaciones profesionales como típicas obligaciones de medios) l'eccessivo aggravio di dovere dimostrare il mancato rispetto di regole o di criteri che sono per lo più sconosciuti a chi non è parte della professione considerata”.

Respecto del primero de esos fenómenos, siempre se podrá decir, que el acreedor no es dispensado de su carga probatoria, *tiene que probar los hechos* en que se apoya la presunción simple, y ésta, a su vez, es un medio de prueba, legalmente reconocido (art. 1.253 Cc.), tan válido como otro cualquiera, para probar (aunque sea *indirecta* o *mediatamente*) la culpa-negligencia del deudor (cfr. MENGONI, voz cit., nota 167, pp. 1.097-1.098; y “Aspectos problemáticos” cit., nota 74, p. 79).

Pero lo cierto es, que *fáctica* o *sustancialmente*, por la vía de la masiva utilización de la presunción simple, el paciente-acreedor puede pretender la responsabilidad del médico, sobre la base del daño resultante de la operación o tratamiento (del que, a su vez, se *infiere*, con generosidad mayor o menor, en determinadas circunstancias, la culpa del facultativo: en especial, cuando se trata de un tratamiento fácil, o que normalmente no trae complicaciones, o no tan graves como las finalmente producidas): es decir, *fáctica* o *sustancialmente*, la responsabilidad del médico se establece sobre la falta de un resultado (la curación), que *no es debido, como si ése* (que *no lo es, sino una conducta diligente, técnicamente correcta*) fuese el resultado debido (cfr. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 79-80).

Entre la jurisprudencia reciente, cabe apuntar a esa tendencia de alivio de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual del médico, por la vía de la utilización de la presunción simple, la sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “Se advierte que el tratamiento del enfermo demandante y aquí recurrente fue inequívocamente desafortunado ya que, iniciado a partir de una apendicitis, concluyó con el saldo final de las gravísimas e irreversibles secuelas antes referidas. Ese resultado final, llamativamente negativo, *no puede menos que tomarse* [a efectos de prueba, añadido] *en la adecuada consideración valorativa que el recurso requiere...el clamoroso resultado que, en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende*”. (Ese “clamoroso resultado”, consistió en que, al pobre paciente, lo dejaron literalmente hecho unos zorros: “paralítico de una pierna”, “pérdida casi por completo de la audición”, “pérdida casi completa de la capacidad de emitir sonidos articulados y palabras”, “pérdida casi completa del sentido del equilibrio”, “grave disminución de la capacidad mental”, “extirpación de la vesícula”, “pérdida de la movilidad y fuerza del brazo derecho”...). Más recientemente aún, existe una consagración explícita de la técnica probatoria de la presunción simple, a los efectos de inferir la negligencia médica: sent. 12 febrero 1990 (R.A. 677): “establecida la relación cau-

medios (una determinada conducta diligente), el que, a su vez, por fuerza, ha de reflejarse en el contenido de la prueba del acreedor, si éste denuncia la inexactitud de la conducta de cumplimiento de su deudor: inexactitud que, con arreglo a los *principios generales* (arts. 1.101, 1.214 Cc.), ha de demostrar, y que, con arreglo al *contenido específico* de la prestación debida por su deudor, no puede ser sino la culpa-negligencia de éste (o sea, el no haber alcanzado, en la conducta de cumplimiento, el nivel de diligencia debido).

sal entre aquella acción y este resultado, en lo que, por la proximidad temporal entre el acto operatorio y el defecto subsiguiente (parálisis facial), están de acuerdo todos los peritos que han informado en el proceso, y afirmándose en las referidas probanzas que la intervención aunque se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía por qué incidir sobre él directamente, parece indudable sobre tales bases puede sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio... a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no puede aplicarse a varias circunstancias, y si bien es cierto que la resolución que se recurre utiliza en este caso la prueba de presunciones, como último eslabón de la cadena probatoria del nexo causal, al razonar que aunque la intervención se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía que incidir sobre él directamente, así como que dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir tal efecto, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, también lo es que la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de Instancia cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, salvo que notoriamente aparezca que falta de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, los hechos demostrados y aquellos otros que se trata de deducir, y no cabe duda que el razonamiento deductivo de la Sala, en el supuesto que nos ocupa, en modo alguno puede ser calificado de ilógico o contrario a ley alguna...quien (el médico) al practicar una intervención en que no tenía por qué resultar afectado el nervio facial, actuó de tal modo que el mismo quedó afectado, produciéndose un edema que no cabe imputar a circunstancia alguna distinta, lo que implica la negligencia que la resolución recurrida le imputa”.

No obstante, el desarrollo jurisprudencial reciente más espectacular, en materia de aligeración de la carga probatoria del paciente-actor que pretende la responsabilidad médica, se ha producido en el terreno extracontractual, al aplicársele a ésta, la misma doctrina de la inversión de la carga probatoria de la culpa que el TS construye sobre el art. 1.902 Cc.: por primera vez, que me conste —cfr., también, nota de GARCÍA CANTERO en ADC, 1990, p. 650—, sent. 17 junio 1989 (R.A. 4.696): “aplica la Sala de Instancia la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual...que no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona maneja dispositivos (en el caso que nos ocupa, fármacos [se trataba de un médico anestesista]) objetivamente peligrosos para los demás, produciéndose un resultado dañoso en los perceptores, es a quienes los manejan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditaran, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, al alcance, en cambio, del médico anestesista que, por cuanto antecede, no ha probado el agotamiento en su diligencia, en supuesto en el que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad”.

En la doctrina, y particularmente en la doctrina francesa, en cambio —a mi modo de ver, y por lo ya dicho, sin justificación—, se tiende a presentar el panorama de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, según se trate de obligaciones de medios o de resultado, como si respondiese en cada caso a principios diversos y hasta contrarios.

Dos serían las formas de presentar esa supuesta contraposición de las dos categorías de obligaciones, en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual:

1) La más frecuente —que es, también, la más inocua—, parte de que, en las obligaciones de resultado al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, le basta con probar la no realización o la parcial o atrasada o no exacta realización de la prestación debida. Sobre la base de tal prueba, el acreedor puede pretender la responsabilidad contractual, porque, con ella, la culpa de su deudor *se presume (faute présumée)*, sin que tenga que probar ésta. En cambio, en las obligaciones de medios, el acreedor que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habría de probar, en todo caso, la culpa de éste (*faute prouvée*) (69).

En esta primera forma de contraposición, como se desprende de lo previamente dicho, nos hallamos ante una contraposición *sólo aparente* del régimen de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios y de resultado. (Es decir, bajo el ropaje de la pretendida contraposición, se esconde, aunque no se sea consciente de ello por quienes así contraponen, una identidad sustancial de principios).

Quienes de tal modo se expresan, no se han percatado de:

a) Que la prueba de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento en las obligaciones de resultado, es la prueba del incumplimiento material, que, con arreglo a los principios generales: art. 1.101 Cc. y norma general de la carga de la prueba inducible del art. 1.214 Cc. (1.315 Cc. fr.), incumbe, efectivamente, probar al acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

b) Que la prueba de la culpa-negligencia del deudor en la *actividad de cumplimiento* de una obligación de medios, no es otra cosa, que la prueba de una *concreta forma* de infracción (el inexacto cumplimiento) de tal obligación, con arreglo al contenido específico —el objeto— de esa misma obligación, que, del mismo modo que en las obligaciones de resultado, y, conforme a los mismos principios generales (arts. 1.101, 1.214 Cc.), incumbe probar, también, al acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

(69) Cfr. LÉGIER, voz cit., n.º 59; DERRIDA, voz cit., n.º 49; WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 4, 442-443, 444, 446-447; MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de Droit civil*, II, vol. 1, Paris, 1978 (6.º ed.), pp. 346-347, 416-417, y 418-419.

La necesidad de probar la culpa en la *actividad de cumplimiento* de una obligación de medios, no sólo no deriva de la falta de aplicación del art. 1.214 C.c.(1.315 Cc. fr.), sino que es consecuencia de su aplicación (o mejor, de la de la norma general de él inducible), a la calificación que el art. 1.101 Cc. hace del cumplimiento inexacto de cualquier obligación (y, en particular, el de la de medios: la culpa en la actividad de cumplimiento), como hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual del acreedor que lo denuncia.

c) Que en las obligaciones de medios, como en las restantes obligaciones, existen, además del inexacto cumplimiento, otras formas de contravenir las: falta total o parcial de cumplimiento, cumplimiento atrasado; formas de contravención, que, en aplicación de los mismos principios generales: 1.101 Cc. y 1.214 Cc. —que, tampoco aquí dejan de aplicarse—, también incumbe probar al acreedor que pretende la consiguiente responsabilidad contractual (acreedor que tendrá que probar, así, y en el ámbito de las obligaciones de medios, algo distinto de la culpa del deudor: la concreta infracción del deudor por él denunciada).

En resumen: lo que el acreedor que pretende la responsabilidad contractual tiene que probar, sea cual fuere la obligación de su deudor, es la infracción, en base a la cual reclama, y ello, en todo caso, en la aplicación de los mismos principios (arts. 1.214 y 1.101 Cc.): lo que hace variar el contenido de la prueba del acreedor, no es la aplicación de las *mismas* normas sustantivas o procesales a *prestaciones con diverso contenido* y a las *distintas formas posibles de infringir la obligación*.

2) La segunda forma de supuesta contraposición, en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, entre obligaciones de medios y de resultado, entraña, en cambio, a mi juicio, un verdadero error en el planteamiento de fondo de quienes la afirman.

Ahora lo que se pretende, es que, en conformidad con el art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), al acreedor de una obligación de resultado, para pretender la responsabilidad contractual, le basta con *probar* la obligación de su deudor, y sólo *alegar* el hecho del incumplimiento (de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). Y ello, porque, al concebirse la prueba del cumplimiento de la obligación, *ex art.* 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc., como un tema de prueba *fijo* del deudor, de la sola prueba, por el acreedor, de la existencia de la obligación, se derivaría —mientras el deudor no demostrase su cumplimiento— una *presunción de incumplimiento* (fáctico o material), que es base suficiente para pretender, por el acreedor, la responsabilidad contractual. En cambio, en las obligaciones de medios, donde el cumplimiento del deudor sería lo normal, el art. 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc. *no* se aplica: el legislador no habría pensado en ellas al redactarlo (la distinción obligación de medios/de resultado era entonces desconocida), y, por tanto, el incumplimiento no se presu-

me, el acreedor debe demostrar la negligencia de su deudor, que alega a efectos de pretender la responsabilidad contractual (70).

Prescindo ahora del dato, de que la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios, no se refiere sólo a la culpa-inexacto cumplimiento, sino a las restantes formas de contravención de la obligación. Y prescindo, porque ya se ha desarrollado *sub* 1).

Me ceñiré aquí, por tanto, a aquel error, inicialmente denunciado, en el planteamiento de fondo de quienes así razonan.

Tal es, a mi entender, la manera de interpretar el art. 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc.: en este artículo no se establece el principio general de la carga de la prueba, sino que se hace aplicación de él para una determinada pretensión: la de cumplimiento; entonces sí, hecho constitutivo de tal pretensión, para el acreedor que la ejercita, es la sola existencia de la correspondiente obligación; mientras que hecho obstativo de tal pretensión, que incumbe probar al deudor requerido de cumplimiento, es el pago u otra cualquiera causa extintiva de la obligación de que se trate.

En otras palabras, lo que para cada pretensión es su hecho constitutivo u obstativo, varía según lo establecido para la misma en su régimen sustantivo: por eso resulta erróneo, mirando a la sola *pretensión de cumplimiento*, convertir el pago en un tema de prueba fijo del deudor, y, por esta vía, *obsérvese bien*, descargar al acreedor que *pretende la responsabilidad contractual*, de la prueba que, con arreglo a la ley sustantiva (art. 1.101 Cc.) que contempla *específicamente* esta pretensión y no la de cumplimiento, le incumbe: el hecho material del incumplimiento, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento.

El acreedor que no pueda afrontar esta prueba y sí la de la sola existencia de la obligación, podrá pretender el mero cumplimiento de la misma, pero no la indemnización de daños, y sin perjuicio, claro, de la contraprueba por el deudor demandado, del pago u otro hecho extintivo (*ex* art. 1.214 Cc.).

Por tanto, a la pretensión de responsabilidad contractual, aplicamos *no* el art. 1.214 Cc., sino la *norma general* procesal de él inducible (al actor incumbe dar la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión), y con arreglo a ésta, en combinación con la norma sustantiva del art. 1.101 Cc., a *todo* acreedor que pretende la responsabilidad contrac-

(70) En este sentido, particularmente, TUNC, "Distinzione" cit., p. 132 y ss., y en MAZEAUD/TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, I, vol. 2, Buenos Aires, 1962 (traducción castellana de L. Alcalá-Zamora, de la 5.º ed. francesa), p. 402 y ss., *sub* nn. 694-3 y ss. La crítica de esta opinión, y de la numerosa doctrina española que, sobre la base de nuestro art. 1.214 Cc., pretende dispensar al acreedor, en general, o al acreedor de ciertas obligaciones, que pretende la responsabilidad contractual, de la carga de la prueba del incumplimiento material, puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., p. 249 y ss., y "Aspectos problemáticos" cit., p. 62 y nota 48, y p. 67 y ss. En igual sentido, vid., ahora, YZQUIERDO, *op. cit.*, pp. 303-304.

tual de su deudor, incumbe la prueba de la infracción por éste de su obligación, *cualquiera* que ésta sea, y *cualquiera* que sea la forma de contravención denunciada.

Por eso, en aplicación de esos principios generales, el acreedor que pretende la responsabilidad contractual en una obligación de medios, ha de probar la negligencia en la conducta de cumplimiento de su deudor (71), pero también, en su caso, el retraso o la falta absoluta de cumplimiento; del mismo modo que, en aplicación, también, de esos *mis-mos* principios generales, el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual, ha de probar la falta de realización del resultado debido, o su inexacta o tardía realización; o el acreedor de una obligación negativa que pretende la responsabilidad contractual, ha de correr con la carga de la prueba de la realización por el deudor de la conducta prohibida, o del cese tardío por éste en la conducta prohibida (cuando se señaló un plazo a partir del cual comenzar la omisión debida), o, tratándose de obligaciones negativas divisibles, de su cese sólo parcial.

Concluyendo [*sub 1) y 2)*]: la distinción de las obligaciones de hacer, en de medios y de resultado, por cuanto concierne a la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, deja imprejuzgada la aplicación, en ambos casos, de las mismas normas generales, procesal (art. 1.214 Cc.: la inducida de él) y sustantiva (art. 1.101 Cc.): al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, incumbe siempre la prueba del incumplimiento material: de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, sin perjuicio de que el distinto contenido de la prestación debida por el deudor, se refleje, en la aplicación de esos mismos principios generales, en el distinto contenido de la prueba del acreedor.

(71) Así, como he escrito en otro lugar (“Aspectos problemáticos” cit., p. 71), se comprende perfectamente que la sentencia de la Casación francesa 27 junio 1939, impusiese al acreedor-paciente la carga de la prueba de la negligencia médica “*par application du droit commun*”, cosa que, por el contrario, deja enormemente perplejo a TUNC (en MAZEAUD/TUNC, cit., p. 414, *sub* n.º 695), que parte, como he explicado antes, de la existencia de un régimen probatorio especial para las obligaciones de medios.

Véase, también, lo que digo en *La responsabilidad contractual* cit., p. 253, nota 19, a propósito de la invocación del art. 1.214 Cc. por la sent. TS 4 octubre 1935 (R.A. 1.809), que, correctamente, sobre la base de la norma general de la carga de la prueba inducible de tal precepto, sienta la doctrina de que al acreedor que pretenda la responsabilidad contractual, *incumbe* la carga de la prueba del incumplimiento material. Cosa que, en cambio, resulta “inexplicable” para un autor (ALBALADEJO), que, sobre la base (errónea) de ese mismo precepto, dispensa al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la prueba del hecho del incumplimiento (aunque luego ese mismo autor se desmiente a sí mismo en la aplicación práctica de su postura. Vid. *ibidem*).

b) Carga probatoria del deudor no cumplidor que pretende eludir la responsabilidad contractual

El deudor, frente al cual su acreedor pretende la responsabilidad contractual, sólo tiene dos caminos (72):

a) Bien discutir el propio fundamento (hecho constitutivo) de la pretensión reparatoria del acreedor: y, así, podrá negar la existencia de obligación alguna por su parte, u obligación que sea exigible (el contrato del que el acreedor pretende derivar su derecho no llegó a celebrarse, es nulo, o es sinalagmático de cumplimiento simultáneo y el demandante no ha cumplido su contraprestación), negar la existencia de un cumplimiento inexacto o de falta de cumplimiento suyos, o negar la existencia de los daños cuya indemnización se pretende o su derivación causal de su actividad (o inactividad) de cumplimiento. La virtualidad defensiva de esta primera actitud probatoria (“de resistencia”) del deudor-demandado es clara: el Juez deberá absolverlo de responsabilidad contractual, en la medida en que llegue a producir incertidumbre sobre los hechos constitutivos de la pretensión del actor (o, *a fortiori*, a revelar su inexistencia).

b) Bien, no pudiendo discutir, por haber quedado irrefutablemente establecido (merced, normalmente, a la actividad probatoria del acreedor; eventualmente, por la propia confesión o imprudencia probatoria del deudor-demandado, o por la actividad probatoria de oficio del Juez), el hecho del incumplimiento, hecho constitutivo de la pretensión creditoria y, por tanto, contenido de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, aportar, para contrarrestar esta prueba, la que constituye, según las normas generales de la responsabilidad contractual (arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.), su específica *contrapueba*: la prueba de la imposibilidad liberatoria o caso fortuito, que con arreglo a tales normas, es el hecho *obstativo* o *extintivo* de la específica pretensión (reparatoria) del acreedor que demanda la responsabilidad contractual, y, por ende, hecho constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

La determinación de la carga probatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, demandado de responsabilidad contractual, resulta así, también, de compaginar adecuadamente normas procesales y sustantivas: 1) Con arreglo al art. 1.214 Cc. (al principio general de él inducido), incumbe al demandado la carga probatoria de los hechos obstativos o extintivos de la pretensión del actor (y constitutivos de su pretensión defensiva). 2) Según los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc., en conexión con el art. 1.101, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, responde, salvo cuando se dé el caso fortuito: cuando la falta de total o

(72) Vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 257 y ss., y “Aspectos problemáticos” cit., p. 61 y ss.

exacto cumplimiento obedezca a la imposibilidad de realizar (total o exactamente) la prestación (el cumplimiento), por una concreta causa no imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

Por tanto, como lógico corolario [ex 1) y 2)], la carga probatoria del deudor demandado de responsabilidad contractual, *una vez establecida la falta de total o exacto cumplimiento por el acreedor*, se circunscribe a la imposibilidad liberatoria/caso fortuito, en cada uno de sus tradicionales elementos: *a) imposibilidad de realización del cumplimiento* (de la totalidad, de parte, de su exactitud, de su puntualidad, según los términos de la denuncia y prueba del acreedor-actor); *b) por una concreta (identificada) causa* [las causas ignotas, con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contractual y de la carga de la prueba, son un riesgo probatorio del deudor no-cumplidor, entre otras cosas, porque sólo respecto de una causa conocida puede valorarse el elemento *sub c)*]; *c) concreta causa que no sea imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor*. Esta inimputabilidad se establece, en principio, con arreglo al criterio general de la diligencia (art. 1.104, en conexión con los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.): no haber podido evitar el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, con la diligencia exigible (que puede ser técnica), la virtualidad frustrante del cumplimiento o exacto cumplimiento de dicha causa concreta.

Estos mismos principios (admisibilidad de la prueba liberatoria, con igual contenido de ésta, y como integrante de la carga probatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor), valen tanto para las obligaciones de medios, como para las obligaciones de resultado, siempre que se parta del presupuesto (que yo creo haber previamente demostrado), de que tal clasificación no implica un desdoblamiento o fraccionamiento de las reglas de responsabilidad/exoneración contractual (o sea, del sistema mismo de la responsabilidad contractual) (73).

En el *plano del cumplimiento*, la exacta e íntegra realización por el deudor de la prestación debida, con el contenido que imponga la correspondiente obligación, *excluye* toda cuestión de responsabilidad contractual, porque cumplida (y extinguida) la obligación, ésta ya no puede ser fundamento de pretensión creditoria alguna. Por ello, en las obligaciones de resultado, el deudor que realiza exactamente el *opus* debido cumple, y, consecuentemente, elude la responsabilidad contractual; del mismo modo que en las obligaciones de medios, el deudor que presta la ac-

(73) Vid., en este mismo sentido, los autores y jurisprudencia citados *retro*, en notas 52, 53, 58, 65 y 66.

Sobre la posición de la jurisprudencia italiana en relación a las obligaciones de medios, además de lo dicho en aquellos lugares, DI MAJO, op. cit., p. 487: "si impone così al cliente di dimostrare oltre che l'esistenza del danno, anche il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, *mentre incombe al professionista il dimostrare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione dovuta* (Cass. 18 giugno 1975, *Mass. For. it.*, 1975, n.° 2.439)".

tividad diligente debida —aunque no consiga el fin último *no debido* a que tal actividad se encamina— también cumple, y, precisamente por ello, elude también la responsabilidad contractual. La irresponsabilidad de uno y otro deudor (consecuencia de la extinción de la obligación) es fruto del cumplimiento (causa extintiva, en efecto, de la obligación). Pero, ni la realización del *opus* debido, ni la actividad diligente, pueden considerarse técnicamente como *pruebas liberatorias*: la prueba liberatoria es una *contraprueba*, *presupone* demostrada la existencia de una obligación *no cumplida* o *no exactamente cumplida*, es decir, presupone la *prueba* del hecho del incumplimiento (incumplimiento material: falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), de la que es específica contraprueba (con arreglo a las normas sustantivas de la responsabilidad contractual); de modo que su virtualidad, una vez lograda, estriba en producir la irresponsabilidad del deudor, *a pesar de no haber cumplido o no haberlo hecho exacta, íntegra o puntualmente*.

Por tanto, para cualquier obligación, resulta inadmisibles extraer consecuencias de la virtualidad liberatoria de la realización exacta de la prestación que, según su tenor, tiene por objeto, en el terreno de la responsabilidad contractual, del juicio encaminado a establecerla o denegarla cuando tal exacto cumplimiento falta. El primero es el plano del cumplimiento (que presupone la exacta realización de la prestación debida, con el contenido definido por la obligación de que es objeto); el segundo es el plano de la responsabilidad contractual, y presupone, necesariamente, que no ha habido cumplimiento o exacto cumplimiento (la prestación debida por el deudor, con el contenido definido por la obligación de que es objeto, no se realizó, o no se realizó exactamente).

En particular, del mismo modo que, para establecer si el deudor de una obligación de resultado, responde o queda exonerado, una vez que se demuestra la no realización del *opus* por él debido, o su realización inexacta, ninguna conclusión en orden a establecer la irresponsabilidad de este *deudor no cumplidor* podemos extraer de la virtualidad liberatoria del cumplimiento de su prestación —la realización exacta del *opus* debido—, *cuya falta es el presupuesto de tal juicio*; tampoco, en las obligaciones de medios, por las mismas razones, ninguna consecuencia en orden a establecer la irresponsabilidad (o responsabilidad) del deudor *no cumplidor*, podemos extraer de algo (la exacta realización de la actividad diligente debida), cuya falta es el presupuesto del juicio de responsabilidad/exoneración de tal deudor.

Por tanto, en el *plano del cumplimiento*, existe, como ya se vio, un evidente paralelismo entre obligaciones de medios y de resultado: la realización exacta de la prestación (con sus respectivos contenidos: actividad diligente debida, *opus* debido), extingue la obligación y libera al deudor, porque satisface el interés (*jurídicamente protegido*: el inmediato o próximo, en el caso de las obligaciones de medios) del acreedor. Ni en uno ni en otro caso nos hallamos ante una prueba liberatoria *stricto sensu*, porque (i)habría tantas pruebas liberatorias cuantas prestaciones po-

sibles!), habiendo cumplimiento, el juicio de responsabilidad contractual, y la consiguiente posibilidad de la prueba liberatoria: la consideración del límite de la responsabilidad contractual, no llega a suscitarse.

Y ese mismo paralelismo entre obligaciones de medios y de resultado, se mantiene en el terreno propio del *juicio de la responsabilidad contractual*: de igual manera que el deudor de una obligación de resultado, que *no* ha realizado el *opus* debido o *no* lo ha realizado exactamente, no responde (pese a su falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, pese a la insatisfacción del acreedor), cuando demuestra que el cumplimiento o exacto cumplimiento, se ha visto sobrevenidamente impedido por una concreta causa a él no imputable; el deudor de una obligación de medios, que *no* ha prestado la actividad diligente debida, o *no* exactamente, tampoco responde, pese a la insatisfacción de su acreedor, cuando demuestra que el despliegue de tal actividad o su exactitud, se han visto obstaculizados por la imposibilidad sobrevenida, de prestar o prestar exactamente la actividad diligente debida, derivada de una concreta causa a él inimputable.

O sea, así como la presencia del resultado debido (del que lo sea, según la obligación de que se trate): el cumplimiento, libera en todo caso al deudor (y satisface al acreedor), excluyendo el juicio de responsabilidad contractual, la sola ausencia del (exacto) resultado debido (el que lo sea, según la obligación de que se trate), no desencadena inexorablemente la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, sino que es el presupuesto del juicio de responsabilidad contractual, y, en virtud de éste (de la consideración del límite de la responsabilidad contractual), el deudor no cumplidor, pese a la insatisfacción de su acreedor, puede quedar exento de responsabilidad contractual (a través de la prueba de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, causa extintiva —y no satisfactiva—, cuando es definitiva, o suspensiva, cuando es temporal, de la obligación cuya infracción denuncia el acreedor que pretende la responsabilidad contractual).

La aplicación, pues, de los mismos principios de responsabilidad/exoneración (las mismas normas de los arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. Cc.) a toda clase de obligaciones, y, en particular, tanto a las de medios como a las de resultado, conduce, en el terreno de la carga de la prueba, por la vía de la subsunción de aquellos principios en la norma general (inducible) del art. 1.214 Cc., a idénticos resultados; y, en concreto, por lo que respecta a la carga probatoria del deudor no cumplidor, sea cual fuere la forma de infracción denunciada por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, a que la determinación *definitiva* del incumplimiento (como fundamento único de la responsabilidad contractual) sea un riesgo probatorio del deudor-demandado y no del acreedor-actor: a éste le basta la prueba (*inicial*) del hecho del incumplimiento, del incumplimiento material: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, la infracción o contravención en cualquier forma de la obliga-

ción (art. 1.101 Cc.); ahora bien, saber si esa infracción se ha producido o no dentro o fuera del límite de la responsabilidad contractual, si está motivada o no por caso fortuito (y, por tanto, si tiene o no virtualidad jurídica para desencadenar la responsabilidad contractual: porque se asocia o no a un vínculo obligatorio *subsistente*), es algo que pertenece a la carga probatoria del deudor no cumplidor y demandado, quien, probando el caso fortuito, desvirtúa aquella otra prueba inicial del acreedor [*a pesar* de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, *no* hay incumplimiento —que presupone una obligación *persistente* e infringida—, sino suspensión (imposibilidad liberatoria temporal) o extinción (imposibilidad liberatoria definitiva) del vínculo obligatorio del que el acreedor-actor es parte, y cuya infracción denuncia].

Tradicionalmente ha existido y existe, sin embargo, un sector doctrinal que, para las obligaciones de medios, sostiene que, frente a la prueba del acreedor de la negligencia de su deudor, en la actividad de cumplimiento de la obligación —cumplimiento inexacto de la obligación de medios, como incumplimiento material o hecho del incumplimiento: carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual sobre su base—, al deudor no exactamente cumplidor (negligente), ya no le cabría contraprueba (prueba liberatoria) alguna: su responsabilidad contractual habría quedado, en base a la prueba del acreedor, *definitivamente* establecida. Al deudor-demandado en la obligación de medios, no le cabría, por tanto, sino discutir la prueba del hecho del incumplimiento, del hecho constitutivo de la pretensión creditoria: en particular, discutir su propia culpa-negligencia (74).

(74) En este sentido, por ejemplo, los MAZEAUD en la tercera edición de su célebre *Traité* [cfr. *apud* MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 318 y ss., y allí, también, en p. 366 y ss., la autorizadísima crítica del autor italiano].

Este mismo planteamiento ahora criticado, ha sido defendido entre nosotros, recientemente, por YZQUIERDO (vid. op. cit., pp. 202, 288, 293 y nota 79, 300, 301, 302, 303, 304, 305), quien: *a*) niega la posibilidad de contraprueba liberatoria del deudor en las obligaciones de medios, una vez que su acreedor, que pretende la responsabilidad contractual, ha probado la culpa-negligencia en la actividad de cumplimiento (la actividad probatoria del deudor demandado se circunscribiría a discutir/negar su propia negligencia); y, como consecuencia de lo anterior, *b*) niega que en las obligaciones de medios, puedan distinguirse el plano del incumplimiento material o como hecho (presupuesto del juicio de responsabilidad contractual), y el del juicio de responsabilidad (incumplimiento “imputable”: definitivamente determinado sobre la base de la consideración del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria): en las obligaciones de medios, todo incumplimiento efectivamente probado por el acreedor-actor sería ya definitivo, “imputable” —desencadenante de la responsabilidad contractual, sin posibilidad de evitarla por parte del deudor-demandado—.

Curiosamente, existe un sólo párrafo de su obra repetidamente citada, en que YZQUIERDO contradice su propio planteamiento: op. cit., p. 279: “ante una determinada actuación del profesional, el juez habrá de preguntarse si un buen profesional o un buen especialista, colocado en las mismas circunstancias de hecho, habría actuado de igual manera. Si el resultado de la comparación es negativo, si la negligencia técnica aparece de

En contra de tal planteamiento, no insistiré, otra vez, en lo que constituye el argumento fundamental para rebatirlo, ya ampliamente desarrollado con anterioridad: la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, no supone una ruptura o fraccionamiento del sistema de la responsabilidad contractual, sino que deja imprejuizada la aplicación de las mismas reglas de responsabilidad/exoneración (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. Cc.).

Me limitaré a recordar ahora que, como sabiamente ha escrito MENGONI (75), los sostenedores de tal planteamiento, no siempre se han percatado, que, dado el estrecho entrelazamiento de normas sustantivas y reparto consiguiente de la carga probatoria, el mismo conduce a la ruptura del sistema de la responsabilidad contractual, al convertir, para las obligaciones de medios, a la culpa del deudor en fundamento, y la (estricta) ausencia de culpa (la diligencia, no-culpa) en límite de la respon-

manera cierta, cualquiera que sea su gravedad, el profesional habrá de responder del daño causado, *con reserva siempre de la prueba liberatoria que el deudor pueda aportar en su caso*" [el subrayado es mío].

Naturalmente, suscribo enteramente este último párrafo [tanto más, cuanto que, a pesar de presentarlo el referido autor como suyo, coincide, casi a la letra, con otro mío, publicado algún año antes: "ante una determinada actuación del médico, el Juez ha de preguntarse si un buen médico o un buen especialista colocado en las mismas circunstancias habría actuado de igual manera. Si el resultado de la comparación es negativo, si la negligencia aparece en modo cierto, cualquiera que sea su gravedad, entonces el médico (o el deudor principal) habrá de responder del daño causado, con reserva *siempre* de la prueba liberatoria que el deudor pueda, en su caso, aportar" ("Aspectos problemáticos" cit., p. 59)].

En la doctrina francesa más reciente, vid. WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 472-473: también estos autores parten de la base, de que la posibilidad de la contraprueba liberatoria se limita a las obligaciones de resultado, y no se da en las obligaciones de medios, probada que sea por el acreedor la culpa-negligencia del deudor-demandado de responsabilidad contractual.

Sin embargo, estos mismos autores admiten la contraprueba liberatoria en las "obligaciones de resultado atenuadas" [cfr. *retro*, nota 41], e, incluso, parece (con lo cual su planteamiento se hace, para mí, confuso), con carácter general (loc. cit.: "de toute façon, qu'il existe à la charge du débiteur une présomption de faute ou que la victime allègue, à son encontre, l'existence d'une faute, le débiteur peut trouver, s'il y a lien, dans la preuve d'une cause étrangère [vid. las normas generales de la responsabilidad contractual en el Cc. fr.: arts. 1.147, 1.148] un moyen efficace de disculpation").

(75) "Obbligazioni" cit., pp. 319-320: "la dottrina francese non avverte sufficientemente che le regole sull'onere della prova non si possono toccare senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità e quindi la natura dell'obbligazione. Tali regole, seppure appartenenti al diritto processuale, sono però strettamente legate alle norme del diritto materiale, in quanto repartiscono fra le parti i temi di prova indicati dalle fattispecie delle norme materiali. Se dunque, nelle obbligazioni di comportamento [de medios], la *culpa-diligentia* è un tema di prova assegnato al creditore, vuol dire che essa è un momento specifico della fattispecie della responsabilità, e pertanto non il caso fortuito ma la semplice assenza di colpa è il limite sostanziale della responsabilità contrattuale in questa classe di obbligazioni".

sabilidad contractual y, por ende, prueba liberatoria, para esas mismas obligaciones (76).

También recordaré aquí, que tal planteamiento se apoya en una confusión entre el plano del incumplimiento material o incumplimiento como hecho (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), y el del juicio de responsabilidad contractual, que presupone el anterior.

Si se separan adecuadamente estos dos planos, para las obligaciones de medios como para las demás obligaciones, para el cumplimiento inexacto como para las restantes formas de contravenir la obligación, se entenderá que, en contra de lo que a veces se dice, *no existe contradicción* al admitir la posibilidad de *contraprueba liberatoria* por parte del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, del que su acreedor, que pretende la responsabilidad contractual, haya demostrado la negligencia (no haber desplegado, en la actividad de cumplimiento, la diligencia debida según la obligación).

Y no existe contradicción, porque la *prueba del acreedor* de la culpa-negligencia de su deudor, como *hecho constitutivo* de la pretensión resarcitoria, se refiere, como queda previamente dicho, a la *actividad de cumplimiento* de la obligación.

Ahora bien, a ese deudor que no alcanzó en la actividad de cumplimiento el nivel de diligencia exigible según la obligación, como al que contraviene de otra forma la obligación de medios (no cumple en absoluto, sólo lo hace en parte, lo hace atrasadamente), como al que contraviene de cualquier forma una obligación de resultado, le cabe todavía, demostrar que no cumplió exactamente (no alcanzó el nivel de di-

(76) Resultado al que, coherentemente con su planteamiento (a mi juicio, equivocado), llega YZQUIERDO, quien, como se recordará, niega que la imposibilidad liberatoria-caso fortuito sea límite general de la responsabilidad contractual: para todas las obligaciones. Lo sería sólo para las de resultado, no para las de medios: en estas últimas actuaría, como tal, la ausencia de culpa (vid. op. cit., pp. 289 y 293-294, en nota 79).

Quien, sin conocer la obra de MENGONI, lea en la p. 301 del libro de YZQUIERDO: "pero en las obligaciones de actividad, el acreedor deberá demostrar una negligencia cometida por el deudor, <y esta prueba y la prueba de la imputabilidad van a ser una misma cosa>, como dice MENGONI", podría pensar que el insigne autor italiano comparte el planteamiento de la inadmisibilidad de contraprueba liberatoria, frente a la prueba, del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la culpa-negligencia, en la actividad de cumplimiento, del deudor de una obligación de medios.

A ese lector inadvertido, vistos los términos equívocos de la cita transcrita, le prevengo que tal planteamiento, aludido ciertamente por MENGONI (el de los MAZEAUD en la tercera edición de su *Tratado*, cfr. *retro*, notas 74 y 75), lo es para criticarlo: vid. "Obligazioni" cit., pp. 318 y ss., y 366 y ss., y que el pensamiento de MENGONI, es inequívocamente claro, en el sentido de que probada, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia del deudor en su actividad de cumplimiento de una obligación de medios, a éste le cabe todavía la posibilidad de la misma contraprueba liberatoria que a cualquier otro deudor no-cumplidor (vid., para las citas, *retro*, en notas 52 y 65).

ligencia previsto en la obligación), porque le resultó imposible, por una concreta causa sobrevenida a él no imputable.

Y obsérvese, que siendo el criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida-caso fortuito, la diligencia (arts. 1.104, 1.105, 1.182, 1.183, 1.184 Cc.), esta diligencia-criterio de imputación, aplicable a todas las obligaciones, *no se confunde* con la diligencia-criterio de cumplimiento (únicamente aplicable, claro, a las obligaciones cuyo objeto sea la prestación de una cierta conducta diligente por parte del deudor): es decir, al deudor que fue negligente —que no alcanzó a prestar la diligencia debida— en la actividad de cumplimiento de su obligación (de medios), le resulta perfectamente posible probar, que no alcanzó, en la actividad de cumplimiento, el nivel de diligencia establecido en la obligación, porque una concreta causa o evento sobrevenido, a él no imputable, originado sin su culpa, inevitable con la diligencia exigible, se lo impidió: el deudor negligente en la actividad de cumplimiento ha podido ser, en cambio, diligente en la actividad, igualmente debida, pero instrumental o accesorio de la de cumplimiento-prestacional, de preservación o defensa de la posibilidad del (exacto) cumplimiento: en la lucha contra los eventos que finalmente le impidieron cumplir exactamente. O sea, un mismo criterio, la culpa/diligencia, actúa en dos niveles o direcciones distintas, que no se confunden, ni siquiera en el caso de las obligaciones de medios, en el que coinciden, cada uno en su ámbito, simultáneamente.

Ha sido, en cambio, la confusión de estos dos niveles o funciones de la diligencia, la que ha conducido al equívoco (77): a pensar que, probando la culpa-negligencia de su deudor, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual, estaba probando la culpa de su deudor como criterio de imputación: o sea, excluyendo la prueba liberatoria, demostrando, pues, la ausencia del específico hecho impeditivo u obstativo de su pretensión de responsabilidad contractual, y haciendo esta responsabilidad, por tanto, definitiva.

Situando cada función o nivel de diligencia en su respectivo ámbito,

(77) Ya lo advertía el maestro MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 313: “bisogna guardarsi insomma dalla confusione in cui sono caduti il Bernhöft e il Fischer, tra la funzione della diligenza come criterio di determinazione dell’oggetto di certe obbligazioni [es decir, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de medios] e la funzione della diligenza come misura della colpa, cioè come criterio di valutazione soggettiva del debitore in relazione all’impossibilità sopravvenuta della prestazione. Nella più recente dottrina francese tale confusione è venuta assumendo proporzioni assai gravi, fino a ferire il punto più sensibile della teoria della responsabilità contrattuale, vale a dire l’onere della prova”.

Incidentalmente diré —cfr. *retro*, nota 42—, que para MENGONI la naturaleza de la culpa-diligencia es distinta, subjetiva (criterio de imputación) u objetiva (criterio de cumplimiento), según de cuál de sus dos funciones se trate; para mí, en cambio, es siempre la *misma* diligencia del art. 1.104 Cc., como criterio o patrón objetivo de conducta del deudor, la que cumple, en esos dos mismos ámbitos, las dos referidas funciones. Vid., ampliamente, *La responsabilidad contractual*, p. 232 y ss.

resulta, por contra, perfectamente claro, que el acreedor de una obligación de medios que prueba, para pretender la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia de su deudor, no hace otra cosa que agotar su carga probatoria: culpa-negligencia, *en la actividad de cumplimiento de la obligación, como hecho constitutivo de la pretensión creditoria de responsabilidad contractual* en el caso concreto de cumplimiento inexacto de una obligación de medios; mientras que es al deudor demandado-no cumplidor, una vez *probada* por el acreedor su negligencia en la actividad de cumplimiento, al que incumbe *contraprobar* su ausencia de culpa *en la producción de la imposibilidad sobrevenida del (exacto) cumplimiento*, junto con los restantes elementos de la prueba liberatoria (imposibilidad sobrevenida del exacto cumplimiento, concreta causa que la produjo), como *hecho extintivo u obstativo de la pretensión creditoria de responsabilidad contractual* (y constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor no exactamente cumplidor).

Obsérvese, por tanto, que, no en vano, el planteamiento criticado, conduce a un resultado anómalo, no sólo en el terreno sustantivo (fraccionamiento del sistema de la responsabilidad contractual), sino también en el procesal de la carga de la prueba: de pensar que, en las obligaciones de medios, la prueba de la negligencia del deudor, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, excluye verdaderamente la posibilidad de contraprueba liberatoria por parte del deudor demandado-no exactamente cumplidor, estaríamos adosando al acreedor-actor, no ya la carga probatoria del hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, sino de la ausencia del hecho impositivo de su pretensión (la falta del hecho constitutivo de la pretensión liberatoria del demandado: la ausencia de prueba liberatoria): o sea, estaríamos produciendo, sin norma excepcional vigente que lo justifique, una inversión de las reglas generales de la carga probatoria (inducibles del art. 1.214 Cc.) (78).

Que la razón última del planteamiento criticado, sea la indicada confusión entre los dos niveles o planos en que opera la culpa/diligencia en

(78) Vid. MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 379: "è chiaro che, in sede di responsabilità contrattuale, la colpa [como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, en el seno de la prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual] è in ogni caso un tema di prova indicato non già dalla norma di cui l'attore [acreedor] chiede l'applicazione, bensì da una norma diversa, richiamata dal convenuto [deudor] in quanto prevede un fatto estintivo o sospensivo dell'obbligo di prestazione e quindi tale che lo stato di insoddisfazione dell'interesse del creditore perde addirittura la natura di torto oggettivo, ossia la natura di inadempimento. Dunque un tema di prova che dovrà sempre essere svolto dal debitore. Le regole sull'onere della prova possono esonerare l'attore della prova di certi elementi costitutivi della fattispecie materiale dell'effetto giuridico richiesto, trattandoli come meri fatti impositivi della pretesa processuale, da provarsi dal convenuto; ma giammai potranno aggravare la posizione dell'attore a tal segno, da imporgli anche la prova dell'inesistenza di fatti estintivi o modificativi del diritto reclamato in giudizio".

las obligaciones de medios, resulta, a mi juicio, particularmente claro del siguiente dato revelador: los sostenedores de tal planteamiento (la prueba por el acreedor de la culpa-negligencia del deudor de una obligación de medios, excluye la posibilidad de contraprueba liberatoria por el segundo: significa establecimiento definitivo de la responsabilidad contractual de éste), no hablan más que de una de las hipótesis posibles (aun siendo, seguramente, la más relevante y frecuente) de infracción por el deudor de la obligación de medios: el *cumplimiento inexacto* de la prestación (de actividad diligente) debida: o sea, de aquella única hipótesis en que el incumplimiento material de la obligación de medios se sustancia en la culpa-negligencia del deudor, aquélla en la que, por tanto, la aludida confusión de planos es posible.

Pero, ¿qué pasa en las restantes hipótesis de incumplimiento material, de infracción de una obligación de medios (cuando la prestación de actividad diligente no se realiza en absoluto, se realiza sólo en parte, se realiza atrasadamente)? (79). ¿Es que las reglas de responsabilidad contractual son, no sólo diferentes según la obligación sea de medios o de resultado, sino, dentro de las primeras, según sea la forma de contravenir la obligación?

A mi modo de ver, está claro, por tanto, que por la vía del planteamiento criticado, sólo puede llegarse, sobre la base de un error inicial, a sucesivos errores encadenados.

Por mi parte, me limitaré a recordar, que, según creo haber demostrado, deshecho el equívoco denunciado, las reglas de responsabilidad/exoneración contractuales son las mismas para todas las obligaciones y para cada una de sus formas de infracción, y sobre esas mismas reglas, también para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, operan los mismos principios de carga probatoria, en relación al acreedor que pretende la responsabilidad contractual y al deudor demandado-no cumplidor que pretende liberarse (80).

Todavía hay que precisar, que existe un sector doctrinal francés, que

(79) De estas otras hipótesis no se ocupa en absoluto, por ejemplo, YZQUIERDO.

(80) De forma análoga, para Italia, MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 374: "il sistema del art. 1.218 [Civ. it. 1.101, 1.105, 1.182 y ss.Cc.] è costruito sul concetto di inadempimento: ciò che importa è la violazione dell'obbligazione in qualunque forma e rispetto a qualunque singolo obbligo si manifesti, ne consegua o meno l'impossibilità della prestazione [sempre que no sea inimputable al deudor, claro]. L'impossibilità è rilevante non già come effetto dell'inadempimento, ma esclusivamente come fatto che impedisce oggettivamente l'adempimento o l'esatto adempimento, precisamente — in quanto sopraggiunta per un evento non imputabile al debitore — come causa di esclusione dell'obbligo [y, como tal, también del incumplimiento]. Corrispondentemente a questa costruzione unitaria, la ripartizione dell'onere della prova, stabilita dall'art. 1.218, vale per qualsiasi ipotesi di inesatto adempimento, consista la violazione in un comportamento omissivo del debitore (ritardo della prestazione principale o violazione di un obbligo positivo di protezione) oppure in un comportamento commissivo (difettosità qualitativa della prestazione eseguita, o violazione di un obbligo negativo di protezione)".

pese a hablar de “inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor” en las obligaciones de medios, lo hace en un sentido, a los efectos de la carga probatoria del deudor no cumplidor, perfectamente inocuo (*demostración*: estos autores admiten la posibilidad, por parte del deudor demandado de responsabilidad contractual, de la contraprueba liberatoria general —caso fortuito—, frente a la prueba, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la negligencia del primero en el cumplimiento de la obligación de medios) (81). La pretendida “inversión” nace de creer, sobre la base errónea del art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), que al acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual, le baste alegar el hecho del incumplimiento-incumplimiento material de su deudor, mientras que en las obligaciones de medios, donde no se aplicaría el art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, sobre la base del inexacto cumplimiento de su deudor (culpa-negligencia *en la actividad de cumplimiento*), habría de *probarlo*, en forma que se cree (erróneamente) excepcional respecto de lo que se deduce del art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.).

El error de estos autores no está, pues, en la inteligencia de la carga probatoria del deudor no cumplidor, sino en la del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, y ya ha sido denunciado y criticado por mi parte, al exponer tal cuestión. Aquí me limitaré a subrayar, cómo, de nuevo, es la presencia de la culpa/diligencia, tratándose de las obligaciones de medios, en el doble plano del incumplimiento material y del juicio de responsabilidad contractual, la que produce los equívocos (sólo terminológicos, en este caso), y, precisamente, en el terreno —cumplimiento inexacto— en que la culpa-negligencia se aparece como incumplimiento material, infracción de la obligación de medios.

Con todo, obsérvese, en este sector doctrinal francés últimamente aludido, cómo, por detrás del señalado equívoco terminológico referido

(81) Vid., así, TUNC, “Distinzione” cit., p. 137, donde sostiene la aplicabilidad del art. 1.147 Cc. fr. —relativo al caso fortuito o fuerza mayor— también a las obligaciones de actividad, de medios, o de diligencia, y niega, consecuentemente, que existan dos reglas de responsabilidad/exoneración, dos límites de la responsabilidad contractual, según se trate de obligaciones de medios o de resultado. (Loc. cit.: “ci sembra impossibile di accantonare gli art. 1.137 e 1.147 [Cc. fr.] ciascuno in un campo...è la stessa cosa dell’art. 1.147 benchè si debba solo raramente applicare alle obbligazioni di diligenza. Allorchè il medico non dá al malato le cure che aspettavano da lui, quando non viene a vederlo all’ora detta, o a all’ora che avrebbe voluto l’evoluzione della malattia, non è responsabile se prova che il suo ritardo è imputabile, per esempio, ad un incidente di automobile, o alla necessità nella quale si è trovato di essere presso un malato che aveva un bisogno più imperioso delle sue cure...può essere necessario nelle obbligazioni di diligenza come nelle obbligazioni di risultato, di invocare la forza maggiore”).

La opinión de TUNC, se incorpora al *Tratado* de los MAZEAUD (desde entonces MAZEAUD/TUNC), a partir de la quinta edición de éste (vid. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 67, 68 y 69).

a la carga probatoria del deudor no cumplidor (y de la consiguiente confusión sustancial en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual), está implícita la neta distinción de planos en que juega la culpa/diligencia en las obligaciones de medios: por ello, la prueba de la culpa dada por el acreedor (referida a la actividad de cumplimiento del deudor), no excluye la posible contraprueba del deudor no exactamente cumplidor, culpable-negligente en la actividad de cumplimiento, pero diligente en la preservación de la posibilidad del exacto cumplimiento, frente al evento que se lo impidió.

VIII. CONCLUSIONES (A MODO DE RECAPITULACION SUMARISIMA)

El haberme extendido bastante más de mi intención primera, en el desarrollo de mis ideas, me lleva a sentirme obligado a resumirlas, del modo más despiadado, como sigue:

I) La distinción de las obligaciones de hacer (por el contenido de la prestación que tienen por objeto), en de medios y de resultado, despliega su eficacia en el terreno del cumplimiento de la respectiva obligación, y, *a contrario sensu*, en la determinación de la falta de (exacto) cumplimiento, incumplimiento material o como hecho, presupuesto del juicio de responsabilidad contractual.

II) En cambio, tal distinción no significa la existencia de diversas reglas de exoneración/responsabilidad contractuales, según el tipo de obligación, o la forma de contravenirla (incumplimiento material).

y III) Ni tampoco significa la repetida distinción, la existencia, para cada una de las categorías de obligación, o de sus distintas formas de contravenirlas, de principios de carga probatoria diversos, respecto de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, o de la carga probatoria del deudor no (exactamente) cumplidor que pretende eludirla: no hay inversión de los temas de prueba que a cada uno corresponden según las normas generales —incumplimiento material o prueba liberatoria—, ni para uno, ni para otro. Lo único cierto es que el diverso modo de configurarse la prestación del deudor (y, por ende, el distinto modo de configurarse la contravención de la obligación por el deudor), se repercute, lógicamente, en el contenido de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

Cáceres, noviembre, 1990.