

Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado



BENJAMÍN MOISA

Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán,
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba,
Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba,
Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba.



SUMARIO:

- I. Los deberes secundarios de conducta.
 1. La diversidad de significados de "Schuldverhältnis" ("relación obligatoria") en el Derecho Alemán.
 2. Origen y desarrollo de la teoría.
 3. Noción conceptual.
- II. La falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado.
 1. Orígenes, desarrollo y alcances de la distinción.
 2. Recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa.
- III. Conclusiones.

I. LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

1. La diversidad de significados de "*Schuldverhältnis*" ("relación obligatoria") en el derecho alemán.

Para comprender cabalmente la teoría de los deberes secundarios de conducta –de origen germánico– debe tenerse en cuenta que, como bien lo observa el profesor Eugen Bucher de la Universidad de Berna, mientras en las regiones donde existe un Derecho codificado, los juristas de todo el mundo hablan de obligaciones o utilizan expresiones equivalentes según las circunstancias y desde un punto de vista funcional –tales como deuda, crédito, o similares–; no ocurre lo mismo con los alemanes, para quienes desde el año 1900 y la aparición del Código Civil Alemán (BGB), sólo existen las *Schuldverhältnisse* ("relaciones obligatorias").

Más allá de la cuestión terminológica, detrás de esta distinta forma de expresarse se esconde una trascendental divergencia de contenido: el nuevo término técnico significa algo más, y al mismo tiempo algo distinto, que la por todos conocida obligación¹.

El término técnico *Schuldverhältnis* ("relación obligatoria") se introdujo originariamente en el

BGB con el único propósito de usar una expresión alemana en lugar de un extranjerismo, de manera que, en un principio, era equivalente a la expresión obligación².

Si la cosa hubiese quedado ahí, no habría hecho falta ninguna otra reflexión. Esta deviene necesaria porque la nueva expresión escogida para la vieja cosa, desarrolla una dinámica propia y crea una nueva cosa, que se yuxtapone a la anterior: la "relación obligatoria" deja de ser simplemente la relación de crédito-deuda que surge en el seno de una relación jurídica contractual o de otro tipo, en el sentido primigenio de obligación, y se desarrolla hasta convertirse en lo que hasta entonces se denominaba, de modo ocasional, *Rechtsverhältnis* ("relación jurídica") o *Vertragsverhältnis* ("relación contractual")³.

Todavía, además de la referida ambigüedad que la expresión *Schuldverhältnis* ("relación obligatoria") tiene desde 1900, la reforma del *Derecho de las Obligaciones* de 2001 añadió un tercer sentido a los dos anteriores, el cual comprende las tratativas preliminares y la responsabilidad emergente de ellas (*culpa in contrahendo*)⁴.

En suma, para los alemanes la expresión *Schuldverhältnis* ("relación obligatoria") en el presente tiene tres significados: 1) en primer lugar, en un

1. Cfr.: BUCHER, Eugen. "La diversidad de significados de '*Schuldverhältnis*' (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones". En: In Dret. Revista para el Análisis del Derecho N° 383. Barcelona. 2006. Disponible en: <www.indret.com>.

2. Loc. Cit. Explica BUCHER que: "Si buscamos los orígenes del neologismo 'relación obligatoria', damos con el Proyecto de un Código Civil para el Reino de Baviera (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern*) del año 1861: la expresión 'relación obligatoria' aparece aquí por vez primera en un texto legislativo. Su origen y procedencia no ha sido aclarado hasta hoy. Si existen precedentes y en qué se inspiraron los padres del proyecto para introducir tal novedad son cosas que desconocemos.

En sus orígenes, 'relación obligatoria' no debía ser en el proyecto bávaro (como más tarde en el proyecto de Dresde y finalmente en el BGB) otra cosa que la introducción de una nueva expresión en lugar de 'obligación' (*Obligation*), sin modificar un ápice el significado de un concepto que había venido existiendo durante nada menos que dos milenios. Sin embargo, este propósito pronto cayó en el olvido y en aquel proyecto en seguida se produjo un ensanchamiento de la forma de entender el concepto, forma que si bien no fue aceptada por el Proyecto de Dresde, sí que lo fue por el BGB".

3. Loc. Cit. Según BUCHER: "La 'relación obligatoria' en el sentido ampliado es una nueva creación que no tiene parangón en ninguna parte. Por doquier fuera de Alemania se contentan con hablar de relaciones de crédito (*Forderungsverhältnissen*) o de obligaciones (*Obligationen*), sin reunir de un modo conjunto, bajo un concepto comprensivo, las posibles fuentes de las obligaciones (entre las que destacan los contratos y los actos ilícitos)".

4. Loc. Cit.

sentido restringido, es equivalente a la expresión "obligación"; 2) en segundo lugar, en un sentido ampliado y actualmente prevaleciente, comprende la "relación jurídica" (*Rechtsverhältnis*) o "relación contractual" (*Vertragsverhältnis*), sus circunstancias y efectos accesorios; y 3) en tercer lugar, luego de la reforma al Derecho de las Obligaciones de 2001, siguiendo su vocación expansiva, su significado comprende además las tratativas preliminares y las responsabilidades emergentes de ellas (*culpa in contrahendo*).

2. Origen y desarrollo de la teoría.

En un enjundioso trabajo, Javier M. Rodríguez Olmos, investigador y profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado

de Colombia, explica que, en materia de incumplimiento de las obligaciones contractuales, en la redacción original del BGB quedaron expresamente reguladas las consecuencias jurídicas de sólo dos formas de incumplimiento contractual (la imposibilidad sobreviniente y la *mora debitoris*), lo que daba la impresión de un vacío en el planteamiento de ese código al no preverse en forma explícita las consecuencias que derivaban de una ejecución defectuosa o del incumplimiento de deberes complementarios⁵.

Haciéndose eco de este supuesto "gran vacío"⁶, H. Staub propuso en 1902 un remedio acumulando las hipótesis que resultaban aparentemente excluidas del régimen del Código en la figura que él denominó "violaciones positivas del contrato"

5. RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. "Deberes de protección 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana". En: Revista de Derecho Privado N° 20. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 301 y ss. Cfr.: LARENZ, Karl. "Derecho de obligaciones", § 23. Tomo I. Traducido por: SANTOS BRIZ, Jaime. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 362 y ss.

6. En realidad, en la actualidad se reconoce que ese "gran vacío" no existía como tal. Como se ha expuesto claramente: de una parte, el § 275 del BGB regulaba la hipótesis de la imposibilidad como fundamento para la liberación del deudor cuando a este último no le era imputable dicha imposibilidad; de otra, el sistema de la responsabilidad del BGB de 1900 se fundamentaba en la idea de una responsabilidad general por culpa que encontraba su norma central en el § 276 ("El deudor es responsable, a menos que esté establecido de otro modo, del dolo y de la culpa. Quien no tenga el debido cuidado actúa negligentemente"). Esta norma, junto con los §§ 277 a 279 (sobre el cuidado llevado a cabo en los asuntos propios, la responsabilidad por la culpa de los dependientes como propia culpa y la responsabilidad en caso de cosas genéricas, respectivamente) "constituían una base suficiente para sustentar una pretensión general de resarcimiento del acreedor en caso de un comportamiento culpable del deudor". Al lado de estas reglas, existían una serie de disposiciones en las cuales se regulaban casos específicos de incumplimiento (§§ 280, 286, 325 y 326, sobre las consecuencias de la imposibilidad que sea atribuible al deudor y la mora), además de las reglas especiales para relaciones obligatorias provenientes de tipos contractuales concretos (como es el caso del régimen de los vicios materiales en la compraventa regulados en ese entonces en el § 463), cuya función era "ampliar la responsabilidad del deudor, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, en los casos especiales allí regulados de inejecución o ejecución defectuosa, es decir conceder un resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento, lo que en términos actuales se denomina daños en lugar de la prestación". Fue precisamente una interpretación demasiado restrictiva del § 276 del BGB, la que hizo surgir la laguna. El legislador, así como la jurisprudencia anterior a la expedición del BGB, no tenía ninguna duda de que supuestos como la ejecución defectuosa o la violación de deberes accesorios daban lugar a un resarcimiento del daño ocasionado. Se consideraba entonces evidente que si el deudor debía responder por un comportamiento doloso o culposo (§ 276 del BGB), tenía que resarcir el perjuicio causado al acreedor.

De allí que una parte de la doctrina de aquel entonces hubiera considerado que esa interpretación restrictiva del régimen de incumplimiento del BGB era ingenua, pues resultaba ridículo pensar que sólo después de 1900 se había comenzado "a cumplir de forma defectuosa o a violar positivamente el contrato". Ya con anterioridad al "descubrimiento" de Staub la jurisprudencia de la Corte Imperial reconocía que la prestación defectuosa era una violación contractual y por lo tanto concedía la pretensión de indemnización de conformidad con el § 276 del BGB.

Cfr.: SCHNEIDER, Winfried-Thomas. *Abkehr vom Verschuldensprinzip*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2007, pp. 60 y ss.; HUBER, Ulrich. *Leistungsstörungen*. Tomo I. Tübinga: Mohr Siebeck, 1999, p. 80; que dicha solución estaba reconocida en la práctica antes de la expedición del BGB lo expone WÜRTHWEIN, Susane. *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19 Jahrhunderts*. Berlín: Dunkler & Humboldt, 1990, pp. 210 y ss.; SCHERMAIER, Martin Josef. "Leistungsstörungen". En: HKK N° 87, pp. 930 y ss. Todos citados por RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M., *Op. Cit.*

(positiven Vertragsverletzungen). De acuerdo con Staub, en los casos de la imposibilidad y de la mora regulados en el Código, el deudor lesiona su deber contractual, pues se abstiene de hacer algo a lo cual se había obligado; por el contrario, en lo que él englobó como "violaciones positivas del contrato", el deudor emprendía una acción de la cual precisamente debía abstenerse.

Lo cierto es que, más allá de ofrecer simplemente un marco dogmático en el cual se pudieran encuadrar esas hipótesis, la finalidad de Staub era extender a las "violaciones positivas del contrato" las consecuencias jurídicas expresamente contempladas para las hipótesis de la de la mora (§ 286 del BGB) y de la imposibilidad atribuible al deudor (§ 326 del BGB), esto es, el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*) y el derecho a la terminación del contrato (*Rücktritt*)⁷.

Concretamente, la exigencia de Staub consistía en que la sanción al incumplimiento no sólo derive de la mora y la falta de cumplimiento de prestaciones contractuales positivas, sino también de la infracción de deberes contractuales accesorios y de deberes de omisión.

Con el acogimiento masivo de la teoría de Staub, primero en la doctrina y luego parcialmente en la jurisprudencia, no sólo se consolidó una interpretación restrictiva del planteamiento del BGB, que se alejaba de las intenciones de sus redactores y del tratamiento que se había dado al régimen de responsabilidad contractual hasta antes de la expedición del código, sino que también se introdujo una nueva terminología –y con ésta, una nueva perspectiva– en materia de responsabilidad contractual. Con Staub se reintroduce el concepto de "violación de un deber" (*Pflichtverletzung*) en el régimen de perturbación de la prestación, desplazando la atención de una idea de inejecución (*Nichterfüllung*) a una "retórica de

los deberes", que al mismo tiempo implicaba un cambio en la comprensión del contenido de la obligación, pues éste entonces "ya no dependía del resultado de la prestación (*Leistungserfolg*), esto es, de la expectativa patrimonial del acreedor, sino exclusivamente del acto de prestación (*Leistungshandlung*), del deber impuesto al deudor"⁸.

El "descubrimiento" de la supuesta laguna por Staub agudizó la atención sobre la variedad de los posibles deberes que podían surgir de una relación obligatoria concreta, conduciendo a una tipificación y sistematización de los mismos, pues, sin duda, la variedad de casos que estaba llamada a cobijar la idea de las "violaciones positivas del contrato" era amplia y heterogénea.

Como fruto de este trabajo se llegó a la distinción hecha célebre por Heinrich Stoll en 1932 entre "deberes que sirven al interés en la prestación" y "deberes de protección": de una parte, este autor identificó los deberes que "resultan del contenido del contrato, que tienen una finalidad positiva" esto es, que "sirven al logro del interés en la prestación", que denominó "deberes en la ejecución" (*Erfüllungspflichten*); de otra, señaló que todas las relaciones obligatorias son consideradas de buena fe y que "por medio de la relación obligatoria se crea una relación especial entre las partes que es considerada por nuestro ordenamiento como una relación de confianza recíproca" y que "abre la posibilidad para ambas partes [...] de influir en la persona y los bienes de la otra"; por ello se derivan deberes de "abstenerse de cualquier efecto perjudicial", deberes que tienen una "finalidad negativa", pues "deben proteger a la contraparte para que no sufra daños que podrían resultar de la relación particular" que se crea entre las partes. Estos deberes "no sirven al interés en la prestación sino al interés en la protección del acreedor" por lo que los denomina "deberes de protección"⁹.

7. RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M., *Op. Cit.*

8. *Loc. Cit.*

9. STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung". En: AcP N° 136, 1932, p. 289. Citado por: RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. *Op. Cit.*

En resumen, se reconoce en la doctrina y en la jurisprudencia alemana que, al lado de la prestación (*Leistungspflicht*) y de los deberes complementarios ligados al cumplimiento de la prestación (*Nebenleistungspflichten*), existen deberes de protección (*Schutzpflichten*) que sirven a la salvaguardia de la integridad de las partes. Si bien en teoría la delimitación de los diferentes tipos de deberes contractuales parece clara, con frecuencia en la práctica la frontera entre unos y otros es difusa y no siempre fácil de determinar¹⁰.

La teoría de los deberes de protección fue finalmente acogida en el BGB con la "Ley para la Modernización del Derecho Alemán de las Obligaciones" que entró en vigor en enero de 2002. Por una parte, en ella se elevó la "violación de un deber" (*Pflichtverletzung*) a eje central en materia del resarcimiento del daño.

En efecto, el § 280 (1) del BGB prescribe que "si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ello resulta", quedando englobadas todas las hipótesis de daños derivados de la "violación positiva del contrato" (esto es, además de la violación de los deberes de prestación, también de los deberes complementarios relacionados con la prestación principal y de los deberes de protección autónomos frente a la prestación principal), así como también de la violación de los deberes precontractuales (*culpa in contrahendo*); estos últimos también codificados en dicha ocasión –§ 311 (2)–.

Por otra parte, en el § 241 del BGB, sobre los deberes que surgen de la relación obligatoria, se explicita en el segundo párrafo que "la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra

parte", recogiendo así positivamente la idea ya consolidada de la relación obligatoria como una "relación compleja"¹¹.

3. Noción conceptual

Dentro de este contexto, junto al deber prestacional emergente de la obligación, existen otros deberes jurídicos que se han dado en llamar "deberes secundarios de conducta", "deberes colaterales", "deberes complementarios" o "deberes contiguos", tales como los de información, protección o seguridad, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se encuentren expresamente pactados por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe¹².

Como bien lo señala Ricardo Lorenzetti, los deberes secundarios no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe y su existencia abarca el periodo precontractual, contractual y postcontractual¹³.

Los deberes a los que nos referimos, dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran un mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes¹⁴.

Según hemos visto al tratar los orígenes y desarrollo de la teoría, los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: "deberes secundarios de finalidad negativa", como los debe-

10. RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. *Op. Cit.*

11. *Loc. Cit.*

12. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta". En: *Vniversitas* N° 108. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 304.

13. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Problemas actuales de la teoría contractual*. Disponible en: <www.acaderc.org.ar>.

14. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *Op. Cit.*, pp. 304 y ss.

res de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y, "deberes secundarios de finalidad positiva", que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes¹⁵.

Karl Larenz, siguiendo a Stoll, explica que a estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación –cuyo cumplimiento constituye normalmente el objeto de la demanda– y que resultan para ambas partes de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denomina "deberes de conducta" (*Verhaltenspflichten*), ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación.

No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y, en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato. Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes derivados de la "re-

lación obligatoria" (relación jurídica compleja). Sin embargo, estos "deberes de conducta" se diferencian del principal "deber de prestación" por su "carácter secundario o complementario"¹⁶.

II. FALSA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

1. Orígenes, desarrollo y alcances de la distinción.

Hay quienes buscan los orígenes de esta distinción en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Francés, en algún pasaje de Domat, en Glasson o Planiol, pero, como bien lo ha señalado ya hace tiempo Jorge Horacio Alterini: "aun cuando pudiera admitirse la existencia de vestigios antes de Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a enhebrar algunas solitarias consideraciones, sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas. En este orden de ideas el mérito es de Demogue"¹⁷.

Aunque para arribar a conclusiones diametralmente opuestas, coincidimos con Jorge Mosset Iturraspe en cuanto a que toda obligación importa al mismo tiempo una "obligación de medios" –técnicamente, deber genérico de prudencia y diligencia– y una "obligación de resultado" –obligación en sentido propio¹⁸, con

15. *Ibid.*, pp. 305 y ss.

16. LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, Tomo I, Capítulo 2, pp. 21 y ss. y nota 1.

En la nota citada, el destacado profesor de la Universidad de Kiel precisa que Stoll, quien ha expuesto con especial claridad la peculiaridad de estos deberes, los califica de "deberes de protección", pero que, por su parte, considera esta expresión demasiado estricta, ya que tales deberes pueden tener por objeto no sólo –como piensa Stoll– la misión negativa de proteger contra un peligro que amenaza, sino también la positiva de que la obligación se ejecute sin fricciones. Por ello, los denomina "deberes de conducta", a su entender con mayor propiedad.

17. ALTERINI, Jorge Horacio. "Obligaciones de resultado y de medios". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XX. Buenos Aires: Omeba, 1990.

18. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "De la imputación subjetiva a la objetiva (en la responsabilidad por incumplimiento contractual)". En: *Responsabilidad civil*. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (Dir.). Capítulo 8. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2007, p. 115 y ss.

El distinguido autor santafesino, en la obra citada, llega al extremo de sostener que: "Probado el incumplimiento material por el acreedor, se le imputa al deudor una responsabilidad objetiva", lo cual nos parece verdaderamente inaceptable.

lo cual queda sin sustento la distinción, ya que toda obligación persigue siempre un resultado: el cumplimiento exacto de la prestación¹⁹.

Sin embargo, la abrumadora mayoría de la doctrina argentina actual se empeña en hacer reposar la teoría general de la responsabilidad civil –o, por lo menos, la llamada responsabilidad contractual– en una desvirtuación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, esbozada por Demogue a propósito del régimen de la prueba.

El destacado jurista francés se refiere sucintamente a la cuestión al tratar las diferencias entre la responsabilidad delictual y contractual. Observa al respecto que otra diferencia, y que sería la más importante, estaría en la carga de la prueba. En la responsabilidad delictual, el demandante debería probar la culpa de su adversario. En el caso del contrato, la culpa se presumiría. Luego de expresar su creencia en que el sistema de la prueba es el mismo en el caso de la culpa delictual y contractual, explica que la obligación que puede pesar sobre el deudor no es siempre de la misma naturaleza: ella puede ser una “obligación de resultado” o una “obligación de medios”. Con numerosos ejem-

plos ilustra cómo, en las obligaciones de medios, el acreedor debe demostrar la culpa del deudor para conseguir su condena; mientras que, por el contrario, en las denominadas obligaciones de resultado, la culpa del deudor se presume²⁰.

Con un alcance bien distinto, hoy nuestros autores, como si se tratase de dos especies diferentes, ven en el incumplimiento de las denominadas “obligaciones de medios” supuestos de responsabilidad subjetiva y en el de las “obligaciones de resultado”, casos de responsabilidad objetiva; pero, ocurre que ni las obligaciones de medios son verdaderas obligaciones, ni tampoco la llamada responsabilidad objetiva, al prescindir de la culpa, es realmente responsabilidad²¹. El propio Demogue aclara que toma aquí la palabra “obligación”, no en sentido estricto, sino en un sentido amplio (“*Nous prenons ici le mot obligation dans un sens large*”)²².

Precisando los conceptos, conforme lo hemos sostenido con nuestro maestro Luis Moisset de Espanés, la denominada “obligación de medios” no es propiamente una obligación porque le falta uno de los elementos esenciales del vínculo obligatorio: una prestación concreta. En este

19. “Toda obligación entraña un resultado a obtener y los medios apropiados para lograrlo. No es discutible que pueda existir en el contrato una determinación más o menos grande del objeto de la obligación, pero esa determinación es relativa al resultado como a los medios” (RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Supervisión LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Traducción: GARCÍA DAIREAUX, Delia. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley N° 783, 1965, p. 465).

20. Cfr.: DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Tomo V y Tomo VI. París: Librairie Arthur Rousseau., 1925 y 1932, p. 536 y ss., y p. 644.

21. Ya hemos dicho en varias oportunidades que no negamos la existencia de supuestos que exigen una reparación –si se quiere, objetiva– por razones de equidad, que en algunos casos han sido consagrados con justicia por nuestra ley, pero, tales hipótesis no son de “responsabilidad objetiva”, expresión que encierra una contradicción en sus propios términos, sino de “reparabilidad” (Cfr.: MOISÁ, Benjamín. “Teoría del riesgo: cinco sofismas fundamentales”. En: La Ley 2012-F, p. 745; “La reparación del daño derivado de la actuación lícita del Estado”. En: RCyS 2011-XIII, p. 67; “La causalidad y la culpabilidad en la responsabilidad civil”. En: *Liber amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*. Tomo II. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 145 y ss.; “El enigma del artículo 1113, en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil”. Tomo III. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y Advocatus, 2009, p. 1565; “La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”. En: RCyS 2006-XII, p. 10, entre otras publicaciones). Por lo tanto, no insistiremos ahora en ello.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en período de vacancia legal, por influencia de la señalada distorsión dispone: “Artículo 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

22. Cfr.: DEMOGUE, René. *Op. Cit.*, Tomo V, p. 538.

sentido, cabe recordar que entre deber y obligación existe una relación de género a especie, en la cual el deber es el género, en tanto que la obligación es la especie.

"En resumen, diremos que la obligación es uno de los múltiples deberes jurídicos; pero, aún más, es una relación compleja, que corresponde a un verdadero derecho subjetivo, individualizado por una serie de elementos esenciales, y al que corresponden facultades y deberes varios. Esto diferencia a la obligación de los simples deberes jurídicos de carácter general, como el deber de respetar la propiedad ajena, el deber de no causar daño a otro, el deber de diligencia, el deber de no enriquecerse ilegítimamente a expensas del prójimo, el deber de prestar alimentos, etc.; y con frecuencia sucede que la violación de uno de estos deberes generales de comportamiento engendra concretamente una 'obligación' [...] Tenemos así el deber moral (general, indeterminado, incoercible); el deber jurídico (general, indeterminado, pero dotado de coercibilidad); y la obligación (concreta, con sujetos determinados, objeto determinable y dotada de coercibilidad)".²³

Concordantemente, los hermanos Mazeaud distinguen las "obligaciones determinadas (o de resultado)" y las "obligaciones generales de prudencia y diligencia (o de medios)"; y explican: *"Esta clasificación reposa sobre la comprobación siguiente: A veces el deudor se halla obligado a cumplir un hecho determinado; la obligación es estrictamente precisa; el deudor debe alcanzar un resultado. Por el contrario, a veces, el deudor se halla obligado solamente a ser diligente, a conducirse con prudencia para intentar lograr el*

resultado deseado". Está claro, entonces, que lo que los Mazeaud denominan "obligación general de prudencia y diligencia" no es propiamente una obligación sino un deber jurídico²⁴.

Por lo demás, coincidimos con Dalmiro Alsina Atienza cuando hace más de medio siglo señalaba: *"El mérito de la doctrina que comentamos finca en haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba. Pero sus virtudes no deben ser exageradas"*²⁵.

2. Recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa.

Descartada, entonces, por notoriamente artificial –con los alcances atribuidos por nuestra doctrina– la pretendida distinción entre obligaciones de medios y de resultado, los recursos técnico-jurídicos para descubrir la culpa como fundamento de la responsabilidad civil son dos: uno de índole procesal, la prueba (recurso técnico-procesal); otro de naturaleza sustancial, las presunciones legales (recurso técnico-sustancial).

De manera que siguiendo las reglas del *onus probandi*, salvo presunción legal, pesa sobre cada una de las partes la carga de probar la culpa invocada como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, con independencia de su posición procesal, esto es, de su condición de actor o demandado.

En el Derecho positivo argentino, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional definitivo o temporal, de los artículos 513 y 509

-
23. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MOISÁ, Benjamín. "La responsabilidad de los médicos y servicios hospitalarios en el pensamiento de François Chabas" En: *Responsabilidad civil*. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (Directora). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 287 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Obligaciones naturales y deberes morales*. Buenos Aires: Zavalia, 1998, pp. 30 y ss.
 24. MAZEAUD, Henri, Jean y León, CHABAS, François. *Derecho Civil. Obligaciones*. Traducción por ANDORNO, Luis. Tomo I. Buenos Aires: Zavalia, 1997, pp. 26 y ss.
 25. ALSINA ATIENZA, Dalmiro. "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico; obligaciones de medio y de resultado". En: JA-1958-III, p. 587.

in fine –texto según Ley 17.711– del Código Civil, se desprenden sendas presunciones *iuris tantum* de culpa en contra del deudor.

En la responsabilidad por actos ilícitos: en principio, la culpa debe ser probada (artículos 1109 y 1067, Código Civil); por excepción, el Código de Vélez Sarsfield –luego de la reforma introducida por la Ley 17.711– establece un sistema de presunciones de culpa: a) una presunción absoluta –*iuris et de iure*– (artículo 1113, párrafo 1); b) una presunción relativa –*iuris tantum*– (artículo 1113, párrafo 2, parte 1); y c) una presunción agravada –la prueba en contrario está limitada a la culpa de la víctima, de un tercero o al *casus*– (artículo 1113, párrafo 2, parte 2)²⁶.

III. CONCLUSIONES

A modo de síntesis final, nos interesa puntualizar las siguientes conclusiones:

- a. En el Derecho Alemán la expresión *Schuldverhältnis* (“relación obligatoria”) en el presente tiene tres significados: a) en primer lugar, en un sentido restringido, es equivalente a la expresión “obligación”; b) en segundo lugar, en un sentido ampliado y actualmente prevaleciente, comprende la “relación jurídica” (*Rechtsverhältnis*) o “relación contractual” (*Vertragsverhältnis*), sus circunstancias y efectos accesorios; y c) en tercer lugar, luego de la reforma al Derecho de las Obligaciones de 2001, siguiendo su vocación expansiva, su significado comprende además las tratativas preliminares y las responsabilidades emergentes de ellas (*culpa in contrahendo*).
- b. Los deberes secundarios de conducta no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe, cuya

vigilancia se extiende a las etapas precontractual, contractual y postcontractual de la relación negocial.

- c. Toda obligación importa al mismo tiempo una “obligación de medios” –técnicamente, deber genérico de prudencia y diligencia– y una “obligación de resultado” –obligación en sentido propio–; con lo cual queda sin sustento la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, ya que toda obligación persigue siempre un resultado: el cumplimiento exacto de la prestación.
- d. La mal llamada “obligación de medios” es, técnicamente, un deber complementario ligado al cumplimiento de la prestación (*Nebenleistungspflichten*).
- e. El interés práctico de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado –más allá de que, como hemos dicho, la llamada “obligación de medios” no es una obligación en sentido técnico– estriba únicamente en el régimen de la prueba, sin que de ello se puedan hacer derivaciones en orden a la responsabilidad civil, tales como aquella que vincula las obligaciones de resultado con la denominada responsabilidad objetiva.
- f. Descartada por notoriamente artificial –con los alcances atribuidos por la doctrina argentina mayoritaria– la pretendida distinción en obligaciones de medios y de resultado, los recursos técnico-jurídicos para descubrir la culpa como fundamento de la responsabilidad civil son dos: uno de índole procesal, la prueba (recurso técnico-procesal); otro de naturaleza sustancial, las presunciones legales (recurso técnico-sustancial).

26. Para mayores desarrollos, puede consultarse nuestro trabajo “La prueba de la culpa en la responsabilidad civil”. En: DJ 2008-1, p. 605; y En: Revista crítica de derecho privado N° 5. Montevideo: Núcleo de Derecho Civil, Grupo de Investigación de la Universidad de la República, 2008, pp. 525 y ss.