

## Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil

Francisco de Elizalde

Facultad de Derecho  
IE Universidad

**Abstract\***

*El trabajo analiza la novedosa regulación de las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil (PCM), que incide directamente en los contratos de servicios. Para ello, estudia previamente la validez actual de la mencionada y controvertida clasificación, respecto de la cual se aprecia un renovado interés. Sobre esta base, se valora críticamente la regla general de la PCM en la materia, sugiriendo algunas reformas que la doten de una mayor utilidad práctica en la labor de determinar el alcance vinculante de una obligación de hacer. Asimismo, se estudia la aplicación del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado a los contratos mercantiles particulares de la PCM.*

*The paper analyzes the regulation of the “obligations of skill and care” and the “obligations to achieve a result” in the Proposal of a new Commercial Code (PCC), which directly affects the service contracts. To this end, the paper first studies the validity of this controversial classification, in respect of which there is a renewed interest. On this basis, the work assesses the general rule of the PCC and suggests some reforms in order to improve its practical usefulness, in the task of determining the scope of a binding obligation to do. In addition to this, the application of the pairing “obligations of skill and care” and “obligations to achieve a result” to the special commercial contracts of the PCM is analyzed.*

*Title:* The obligations of skill and care and the obligations to achieve a result in the Proposal of a new Commercial Code

*Palabras clave:* Obligaciones de medios, obligaciones de resultado, atribución de riesgos, finalidad contractual, interpretación, norma dispositiva, contratos mercantiles

*Keywords:* Obligations of skill and care, obligations to achieve a result, risk allocation, contractual purpose, construction, implication, commercial contracts

---

\* Agradezco a la Prof. Dra. D<sup>a</sup>. Verónica SAN JULIÁN los comentarios que me ha hecho sin que le sean imputables los errores que el trabajo pudiera contener.

*Sumario*

1. Introducción
2. Obligaciones de medios y de resultados: utilidad e inconvenientes de la clasificación
  - 2.1. El alcance de la *summa divisio* de las obligaciones de la *summa divisio* de las obligaciones
  - 2.2. La carga de la prueba del incumplimiento de la obligación
  - 2.3. Incidencia de la clasificación en la atribución de riesgos
3. Las obligaciones de medios y de resultado en la PCM
  - 3.1. El reconocimiento de las obligaciones de medios y de resultado en la PCM
  - 3.2. La vinculación en ausencia de pacto expreso. Criterios. Relación con la norma general de interpretación
  - 3.3. La ausencia de una norma de Derecho dispositivo: una oportunidad perdida
  - 3.4. El binomio en los contratos mercantiles especiales
    - a. Los contratos de obra por empresa. El principio de conformidad como estándar cualitativo de las obligaciones de resultado
    - b. Los contratos de prestaciones de servicios mercantiles. Quid sobre la diligencia como contenido del contrato
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

## 1. Introducción

La [Propuesta de Código Mercantil](#) (en adelante, PCM), elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, consagra el Libro Cuarto (“De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”) a la regulación de determinados aspectos de la teoría general de las obligaciones y contratos —cuestión tradicionalmente reservada al Código Civil— aunque, lógicamente, de aplicación restringida al ámbito de la PCM.

Entre ellos, se introduce, en el Capítulo V (“Del contenido del contrato”), una novedosa proposición normativa respecto de las obligaciones de medios y de resultado, como art. 415-2, cuyo tenor literal es el siguiente:

- “Supuestos de obligaciones contractuales. 1. La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo.
2. Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente:
- Los términos en que esté redactado el contrato.
  - El precio y demás elementos del mismo.
  - La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar
  - La incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo”.

Además, el diverso grado de vinculación que resulta del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado subyace en el contenido de los contratos en particular de la PCM, en algunos de ellos de forma bastante evidente, como en los “contratos de obra por empresa” (Libro Quinto, Título I) y en los “contratos de prestación de servicios mercantiles” (Libro Quinto, Título II).

El presente trabajo pretende estudiar la utilidad de la controvertida<sup>2</sup> (por las razones que veremos *ut infra*) clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado para el Derecho vigente y, sobre la base de lo anterior, analizar si la regulación sugerida en la PCM resulta adecuada al fundamento y sentido de la meritada clasificación.

De este modo, se busca contribuir al debate sobre la PCM, que se encuentra actualmente en fase de comunicación pública, tras su presentación oficial al Ministerio de Justicia el pasado día 13 de junio de 2013. La oportunidad del trabajo se justifica, asimismo, por la importancia de los servicios en la economía europea y española contemporánea, post-industrial<sup>3</sup>, encauzados

<sup>2</sup> El binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado representa, tal vez, una de las clasificaciones más controvertidas del Derecho de obligaciones. A pesar de las críticas recibidas [véase una síntesis en LOBATO (1992, pp. 663 y ss.), continúa presente en los principales manuales de la materia.

<sup>3</sup> Al respecto, en el Considerando (4) de la [Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006](#), relativa a los servicios en el mercado interior, se indica que los servicios representan el 70% del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembro de la Unión Europea. Las referencias a los “servicios” en este trabajo se realizan con la amplitud de la citada Directiva [Considerando (33)], por lo que se

jurídicamente a través de obligaciones de hacer, a las cuales se aplica, en sentido propio, la clasificación *sub examine*.

La investigación se ciñe a las obligaciones que emanan del contrato ya que, como mencionamos anteriormente, la PCM regula la dicotomía obligaciones de medios/obligaciones de resultado, con carácter general, en el Libro Cuarto, Capítulo V, concerniente al contenido del contrato. Además, las aplicaciones concretas de esta clasificación se realizan, también, en sede contractual.

Quedan al margen de este trabajo, por consiguiente, una apreciación crítica de la decisión de incorporar aspectos propios de una teoría general de las obligaciones —como el que nos ocupa— en la PCM, así como una valoración de las materias elegidas<sup>4</sup>. Al respecto, la Exposición de Motivos de la PCM (§ I-32, V-1 y V-3) basa la inclusión en la Propuesta de cuestiones concernientes a la teoría general de las obligaciones y contratos en la necesidad de garantizar la unidad de mercado. Esta justificación ha sido ratificada por BERCOVITZ, Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, quien, además, y, en cuanto a las materias seleccionadas, ha explicado que la decisión se ha circunscrito a las que la Comisión ha estimado más relevantes<sup>5</sup> (“fundamentales”, según la Exposición de Motivos de la PCM, § I-31) y esenciales para la unidad de mercado en el territorio de todo el Estado —frente a la fractura que puede seguirse de las normas civiles por la potestad legislativa de algunas Comunidades Autónomas—<sup>6</sup>. Al examinar la regulación de las obligaciones y contratos de la PCM, GARCÍA RUBIO (2014, pp. 13-17) considera que la expansión del perímetro de lo mercantil es caprichosa y contradictoria y, en lo que respecta a las cuestiones elegidas en materia de obligaciones y contratos, entiende que el criterio de lo fundamental o básico es totalmente arbitrario<sup>7</sup>. Una opinión que sirve como muestra de la polémica que suscita la PCM<sup>8</sup>, en su conjunto, de cuyas múltiples aristas esta investigación estudia, exclusivamente, una.

---

incluye no sólo los tradicionalmente calificados como «arrendamientos de servicio», sino también, los contratos de obra. Respecto de los servicios como categoría jurídica única, omnicomprensiva, véase BARRÓN (2008, pp. 12-13).

<sup>4</sup> Para una crítica de la PCM al respecto, véase GARCÍA RUBIO (2014, pp. 7-27), para quien la decisión de regular las obligaciones y contratos en la PCM reviste un carácter “extemporáneo, contrario a las tendencias uniformes del Derecho comparado, falto de rigor científico e inconstitucional”.

<sup>5</sup> BERCOVITZ (2013a).

<sup>6</sup> BERCOVITZ (2013b, pp. 37-38).

<sup>7</sup> GARCÍA RUBIO (2014, pp. 13-17).

<sup>8</sup> Así se desprende de varios de los trabajos que se han publicado hasta el momento sobre la PCM, entre los que destaco, además del citado de la profesora GARCÍA RUBIO (2014), los artículos de ALBIEZ DOHRMANN (2013), GONDRA (2013) y TENA (2013). Adicionalmente, interesa mencionar el interesante debate oral sobre la Propuesta que tuvo lugar en la “Jornada sobre el Código de Comercio”, organizada por la Cátedra Pérez-Llorca/IE de Derecho Mercantil, IE Universidad, Segovia, 25 de octubre de 2013. En ella se vio el contraste de opiniones entre los miembros presentes de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (profesores A. BERCOVITZ, M. OLIVENCIA y C. ALONSO LEDESMA, entre otros), lógicamente, favorables a la Propuesta y el resto de los ponentes (profesores Á. CARRASCO PERERA y F. LEÓN y don J. GÓMEZ GÁLLIGO, entre otros) abiertamente críticos.

El trabajo analiza, en primer lugar, el sentido actual del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado, como requisito para valorar adecuadamente la PCM. Tras este estudio preliminar, centro la atención en la regulación general —para todo tipo de contrato— de la referida clasificación en la PCM para, luego, terminar con el modo en que el citado texto aplica la clásica distinción de las obligaciones en los contratos mercantiles especiales.

## 2. *Obligaciones de medios y de resultados: utilidad e inconvenientes de la clasificación*

### 2.1. El alcance de la *summa divisio* de las obligaciones

El estudio de esta materia, a partir de DEMOGUE (1925, pp. 536-544)<sup>9</sup>, se encuentra dominado por la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado<sup>10</sup>, dicotomía que —pese a su antigüedad y carácter polémico— se encuentra lejos de caer en el olvido, suscitando todavía arduas discusiones e, incluso, parece experimentar una *nouvelle jeunesse*<sup>11</sup> en el Derecho español —como atestigua su inclusión en la PCM— y en el proceso de armonización del Derecho contractual europeo —destacando, entre otros, los arts. IV. C. 2:105 y IV. C. 2:106 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) o el art. 148 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común europea de compraventa* (en adelante, CESL)—. “Todo ello pone de manifiesto que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante desde las perspectivas de futuro del Derecho europeo de los contratos”<sup>12</sup>, afirmación que debe contrastarse con una relativamente reciente

<sup>9</sup> DEMOGUE [1925, § 1237 (pp. 536-544)] y el mismo autor [1931, § 599 (p. 644)]. La doctrina ha hurgado en los antecedentes de esta distinción, remontándose hasta el Derecho romano [para una síntesis de los principales hallazgos, véase CABANILLAS (1993, pp. 14-17)] pero advierte LOBATO (1992, p. 661), que: “sería exagerado pensar que los jurisconsultos romanos distinguieron formalmente las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que su habitual pragmatismo era completamente opuesto a la elaboración de tal teoría”, si bien admite supuestos concretos que podrían encuadrarse en la clasificación actual. En el mismo sentido, FROSSARD (1965, pp. 12-24). En cambio, entienden que la clasificación ya se indicaba en el Derecho romano, MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-2 (p. 127)]. En todo caso, destacan NERSON (1965, p. V) y CABANILLAS (1993, p. 17), que: “desde la aparición de la obra de DEMOGUE, la doctrina, con algunas notables excepciones, y la jurisprudencia, tienen en cuenta la distinción, dotándola de una importancia jurídica desconocida hasta entonces”. Hete aquí su mérito.

<sup>10</sup> Utilizamos esta terminología, siguiendo a DEMOGUE [1925, § 1237 (p. 538)] y [1931, § 599 (p. 644)], por su amplia aceptación y extensión, aun cuando la doctrina haya formulado otras. MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-2 (p. 130) y § 103-10 (pp. 144-145)], por ejemplo, denominan las obligaciones de medios como “obligación general de prudencia y diligencia” y las obligaciones de resultado como “obligación determinada”, criticadas, con acierto por MENGONI (1954, pp. 186-188). En nuestro Derecho, VICENT CHULIÁ (1990, p. 289), seguido por CABANILLAS (1993, p. 24), clasifican las obligaciones en “actividad” y “resultado”. En cambio, DÍEZ-PICAZO (2008, p. 280), mantiene la terminología de DEMOGUE.

<sup>11</sup> CRESPO MORA (2013, p. 6).

<sup>12</sup> JIMÉNEZ HORWITZ (2012, p. 563). No obstante, algunos autores, como VAQUER ALOY (2012b, pp. 8-15) consideran que “en el derecho europeo de contratos la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado ha perdido en gran medida su tradicional importancia”. Este autor entiende que, en el DCFR, las obligaciones de medios y de resultado no son categorías contrapuestas sino complementarias, argumento que comparto respecto de las últimas (la diligencia es necesaria para alcanzar un resultado, como veremos *ut infra*) pero con el que

reticencia a la dicotomía en algunos países, en concreto, Italia, donde los tribunales la acusan de revestir escasa utilidad para resolver problemas prácticos<sup>13</sup>. Lo cual no hace sino reafirmar el tradicional y ya mencionado carácter polémico del binomio.

Si bien la clasificación sería susceptible de comprender toda clase de obligaciones (dar, hacer, no hacer)<sup>14</sup>, se presenta como especialmente adecuada para aquellas cuyo objeto consista en una actividad<sup>15</sup>, precisamente porque en las mismas se da la alternativa de poder cumplirse la obligación con un simple hacer (medios) o exigirse la consecución de un resultado que satisfaga la finalidad contractual.

En cambio, en las obligaciones de dar, la entrega se exige siempre como resultado (*ex art. 1096 CC*)<sup>16</sup> y su falta supone un incumplimiento del deber de prestación. Aunque la extensión de ese resultado respecto del cual se vincula el deudor depende de si el deudor se encuentra obligado a entregar una cosa útil para el acreedor o si, en cambio, cumple entregando la cosa tal cual existe en la realidad. La respuesta —que excede el ámbito de este trabajo— ha de buscarse en la distinción entre las obligaciones específicas y las genéricas y, en relación con las primeras, en el contenido vinculante del contrato, que varía según las exigencias del ordenamiento. El sistema tradicional de las acciones edilicias supone que la utilidad queda extramuros del vínculo mientras que en el más moderno régimen de conformidad (que introdujo el art. 35 de la [Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980](#))—en adelante, CISG—<sup>17</sup>, recogió la Directiva 1999/44/CE<sup>18</sup>, traspuesta en nuestro ordenamiento en el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios<sup>19</sup>, y asumió, entre otros, el BGB -§ 433 y

---

discrepo respecto de las obligaciones de medios, ya que no vinculan a un resultado, entendido como finalidad contractual, que es lo que dota de sentido a la dicotomía.

<sup>13</sup> Véase la sentencia de la *sezione unica civile* de la *Suprema Corte di Cassazione* de 11.1.2008, n. 577, cuyos detalles, así como el estado de la jurisprudencia, comenta PIRAINO (2008, pp. 95-104). Véase, también, la anterior sentencia del mismo tribunal de 23.06.2005 (Cass. S.U. 15781/2005), comentada por NICOLUSSI (2006, pp. 797-823).

<sup>14</sup> MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-9 (pp. 141-145)] aplican la clasificación a las obligaciones contractuales y, también, a las obligaciones de origen extracontractual.

<sup>15</sup> WEILL & TERRÉ [1986, § 399 (p. 405)]; MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-7 (p. 136)]; DÍEZ-PICAZO (2008, p. 272).

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, p. 274) califica la obligación de dar como obligación de resultado.

<sup>17</sup> España adhiere a la CISG mediante instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990, posteriormente ratificada y publicada en el BOE núm. 26, de 30.01.1991.

<sup>18</sup> [Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta las garantías de los bienes de consumo](#) (en adelante, Directiva 1999/44/CE).

<sup>19</sup> La trasposición de la Directiva 1999/44/CE en España se llevó a cabo por la Ley 23/2003, actualmente incluida en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ordenado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, 30.11.2007) (en adelante, TRLGDCU).

434- tras la reforma del año 2001<sup>20</sup>), el obligado a dar una cosa queda vinculado a entregar un objeto que satisfaga la utilidad contractual. Volveremos sobre esto cuando analicemos las cualidades exigibles en las obligaciones de resultado.

En las obligaciones de no hacer, la prestación consiste en abstenerse de realizar un acto determinado, material (no construir) o jurídico (no celebrar un contrato con un competidor). Parece razonable, entonces, que la realización del supuesto prohibido suponga un incumplimiento de la obligación, con independencia de la mayor o menor diligencia empleada en la abstención (*ex art. 1099 CC*). En consecuencia, la obligación de no hacer sería una obligación de resultado<sup>21</sup> y tampoco revestiría la clasificación, respecto de ella, la relevancia que supone para las obligaciones de hacer.

La bipartición obligaciones de medios/obligaciones de resultado, representó en Francia una suerte de nueva *summa divisio* de las obligaciones (adicional a las tradicionales que las clasifican en contractuales y legales o divisibles e indivisibles)<sup>22</sup>, con amplio predicamento en la jurisprudencia y en la doctrina de aquel país<sup>23</sup>.

No obstante, la teoría fue sometida a duros embates, destacando entre ellos la posición de ESMEIN, quien la criticó por inútil o deformadora de la realidad<sup>24</sup>. Diversos autores se adhirieron a su reproche, argumentando, algunos, que toda obligación es de resultado y, otros, a la inversa, que toda obligación puede ser considerada de medios.

Entre los primeros, se encuentra MARTON (1935, pp. 510-518)<sup>25</sup> quien sostiene que todas las obligaciones de medios persiguen, en cierta forma, la obtención de un resultado (menciona como ejemplo la actividad que se realiza en cumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios: la consecución de la meta establecida para la tarea significaría alcanzar el resultado). Y dado que toda actividad se dirige a ese resultado, la distinción carecería de efectos prácticos. O, visto de otra manera, alega, la ejecución de una obligación de medios puede suponer la

<sup>20</sup> Tras la reforma introducida por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2011 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*»).

<sup>21</sup> WEILL & TERRÉ [1986, § 399 (p. 405)]; MALAURIE & AYNÈS [1995, § 821 (p. 468)]; CARRASCO (1989, p. 588); LOBATO (1992, p. 691); CABANILLAS (1993, pp. 94-95). En cambio, DÍEZ-PICAZO (2008, p. 284) considera que la obligación de no hacer no puede considerarse como una obligación de resultado.

<sup>22</sup> FROSSARD (1965, p. 41).

<sup>23</sup> MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-6 (pp. 133-136)]; ESMEIN [1952, § 378 ter (p. 498)].

<sup>24</sup> ESMEIN [1952, § 378 ter (p. 499)].

<sup>25</sup> MARTON (1935, pp. 510-518). Afirma el autor que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es errónea (pp. 517-518): "No existen dos clases de obligaciones. Sólo hay obligaciones de resultado. Lo que llamamos obligaciones de medios no son más que obligaciones cuyo resultado está determinado de manera estrecha, parcial, en relación a un fin mayor que, no obstante, permanece fuera de la obligación". Para una crítica de este autor, véase FROSSARD (1965, pp. 79-81).

consecución de resultados intermedios (las operaciones que realiza el médico para sanar al paciente), demostrando, aparentemente, la fragilidad de la nueva *summa divisio*.

En sentido inverso, ESMEIN considera que no es cierto que, en las obligaciones de resultados, el deudor garantice siempre la obtención de la finalidad pretendida, ya que puede liberarse alegando la fuerza mayor<sup>26</sup>. De la misma opinión es PLANCQUEEL, para quien el deudor, en esta clase de obligaciones, no se vincula a un resultado sino que se obliga a realizar todo lo que sea posible para conseguirlo. De lo anterior se sigue que toda obligación sería de medios, si se incluye en la prestación no sólo la actividad en sí misma, sino también el empleo de materiales o materias primas necesarias para la consecución del fin<sup>27</sup>.

Para superar los obstáculos planteados y establecer la utilidad de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, corresponde analizar, a continuación, los efectos de la mencionada clasificación, cuyas pretensiones de aplicación comprenden, principalmente, las siguientes instituciones: (i) la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación y (ii) la atribución de riesgos que canaliza la obligación<sup>28</sup>. Tratamos el primero —la carga de la prueba—, someramente, por su importancia histórica y, especialmente, para dejar sentada su menor relevancia actual, en comparación con la función que cumple la dicotomía medios/resultado en la atribución de riesgos.

## 2.2. La carga de la prueba del incumplimiento de la obligación

DEMOGUE formuló la bipartición obligaciones de medios/obligaciones de resultado al estudiar la carga de la prueba<sup>29</sup> y, según la doctrina francesa mayoritaria<sup>30</sup>, éste es el efecto principal de la dicotomía.

La clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado intenta solucionar el conflicto que plantea la redacción de los arts. 1137 y 1147 del *Code*<sup>31</sup>. El primero, refiere la diligencia del buen

<sup>26</sup> ESMEIN [1952, § 378 ter (p. 499)] y el mismo autor (1933, pp. 658-659).

<sup>27</sup> PLANCQUEEL (1972, p. 336).

<sup>28</sup> Parte de la doctrina francesa encuentra un tercer interés en la distinción: una *summa divisio* del factor de atribución —subjetivo u objetivo— de la responsabilidad. Según este criterio, las obligaciones de resultado serían fuente de responsabilidad objetiva, ajenas completamente a cualquier concepto de dolo o culpa. En cambio, las obligaciones de medios se asentarían siempre en la negligencia del deudor. Véase FROSSARD (1965, pp. 3-11).

<sup>29</sup> DEMOGUE [1925, § 1237 (pp. 536-537)].

<sup>30</sup> Véase MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-5 (pp. 132-133)]; WEILL & TERRÉ [1986, § 396 (pp. 399-403)]; y CARBONNIER [1994, § 156 (pp. 261-263)].

<sup>31</sup> Reza el art. 1137 del *Code*: “L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent”. Por su parte, el art. 1147 del *Code* establece: “Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne

padre de familia en el deber de custodiar una cosa; el segundo establece que el deudor sólo se exonerá por incumplimiento de la obligación si prueba el caso fortuito. La *summa divisio* que introduce DEMOGUE vendría a armonizar ambos preceptos, refiriendo el art. 1137 a las obligaciones de medios y el art. 1147 a las obligaciones de resultado<sup>32</sup>.

De esta manera, en las obligaciones de resultado se presumiría la culpa del deudor si se produjera un incumplimiento, correspondiendo a éste acreditar el caso fortuito que lo pudiera eximir. En las obligaciones de medios, en cambio, el acreedor debería probar, necesariamente, la negligencia del deudor para hacerlo responsable del incumplimiento<sup>33</sup>.

Sin desmerecer el acierto que, en la mayoría de los casos, puede suponer esta consecuencia probatoria derivada de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado<sup>34</sup> —efecto natural de un contenido diferente de la prestación—, no puede acogerse con alcance absoluto, al menos en nuestro ordenamiento.

En su prolíjo estudio sobre el tema, CABANILLAS SÁNCHEZ destaca acertadamente diversos supuestos, en el Derecho español, en los que la carga de la prueba no se distribuye, necesariamente, según que la prestación sea de simple actividad o de resultado<sup>35</sup>.

En particular señala, como ejemplo (entre otros)<sup>36</sup>, la responsabilidad del arquitecto o del aparejador por la ruina de la obra. La actividad de estos profesionales —a diferencia de la del

---

justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

<sup>32</sup> Véanse las referencias citadas en la nota inmediatamente precedente a la anterior, además de DEMOGUE [1931, § 600 (pp. 644-645)].

<sup>33</sup> MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-5 (pp. 132-133)].

<sup>34</sup> DE ÁNGEL & ZORRILLA (1985, p. 210), parecen acoger la distinción a efectos del *onus probandi*. En el mismo sentido, LACRUZ *et al.* (2011, p. 53). DÍEZ-PICAZO (2008, p. 282) le concede utilidad en materia extracontractual. Convence la explicación de JORDANO (1991, pp. 75-84 -esp. pp. 81-82-), quien critica la pretendida dualidad en materia de carga probatoria. Considera que los principios que rigen el *onus probandi* son iguales en ambas clases de obligaciones (medios y resultado), correspondiendo siempre al acreedor probar el incumplimiento de la obligación y, acreditado éste, sólo puede liberarse el deudor probando el caso fortuito. La diferencia estriba, a su criterio, en que el contenido de la prestación es diferente. En las obligaciones de medios, consiste en la actividad diligente del deudor; en las de resultado, en la consecución de ese fin. Por ello, es evidente que los hechos que se deben probar son distintos, pero respondiendo siempre a los mismos principios. De esta forma, JORDANO FRAGA centra la distinción en el plano del objeto de obligación —el deber de prestación— y no en el de la responsabilidad, donde generalmente se la ubica.

<sup>35</sup> CABANILLAS (1993, pp. 155-173). El art. 217 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, 8.1.2000) (en adelante, LEC) establece, como principio, que corresponde al actor probar los hechos en los que fundamente su pretensión y al demandado, los hechos que extingan o enerven la eficacia jurídica de la base fáctica de la demanda. Cada uno de ellos soporta, según la carga probatoria asignada por la Ley, el riesgo de la falta de prueba (art. 217.1 LEC). Sin embargo, como advierte JORDANO (1991, p. 75), es competencia del Derecho sustantivo definir cuáles son esos hechos constitutivos y extintivos, sobre los que opera el Derecho procesal. Por ello interesa la distinción que formula el Derecho civil, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, y sus eventuales efectos sobre el *onus probandi*.

constructor— suele enmarcarse en un contrato de arrendamiento de servicios (no en cuanto a la realización del proyecto pero sí en lo que respecta a la dirección de obra)<sup>37</sup>, que la doctrina postula como arquetipo de la obligación de medios<sup>38</sup>.

Aplicando los efectos sobre el *onus probandi* que se seguirían de la *summa divisio*, tratándose de una obligación de simple actividad o medios, correspondería al dañado acreditar la negligencia de los referidos profesionales. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha invertido la carga de la prueba, a favor del perjudicado, quien sólo debe acreditar la ruina, asignando a los profesionales que intervinieron en la construcción la prueba de su diligencia, exigencia que se agrava en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE nº 266, de 6.11.1999) (en adelante, LOE)<sup>39</sup>.

### 2.3. Incidencia de la clasificación en la atribución de riesgos

El interés de la *divisio* introducida por DEMOGUE se vislumbra con claridad a la hora de determinar la asignación de riesgos que canaliza la obligación. Si bien resulta igualmente previsible de las obligaciones de origen legal, nos ceñiremos a las obligaciones que tienen por fuente al contrato, materia de este trabajo.

Considero que el sentido actual, para nuestro Derecho, de la distinción entre una obligación de medios y una obligación de resultado se halla en la extensión del deber de prestación —objeto de la obligación— en relación con la finalidad contractual, entendida como causa por la cual una parte decide celebrar un contrato<sup>40</sup>. Me refiero a aquel resultado que el profesor Federico de CASTRO denominó el “propósito práctico” o la “causa subjetiva” del negocio<sup>41</sup>, y el Tribunal Supremo, “motivos incorporados a la causa”<sup>42</sup>, distintos de los simples motivos internos, sin relevancia jurídica.

---

<sup>36</sup> El autor destaca, también, algunos supuestos de responsabilidad médica y de los administradores de sociedades. Véase CABANILLAS (1993, pp. 160-173).

<sup>37</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 24.5.1990 (RJ 1990\3836) y 5.4.2001 (RJ 2001\3192).

<sup>38</sup> VICENT CHULIÁ (1990, p. 289).

<sup>39</sup> Véanse las SSTS, 1<sup>a</sup>, 7.11.1989 (RJ 1989\7857); 27.6.1994 (RJ 1994\6505); 29.5.1997 (RJ 1997\4117); ó 19.10.1998 (RJ 1998\7440). En el mismo sentido, JIMÉNEZ HORWITZ (2012, p. 563). El art. 17.8 de la LOE parece ser más exigente por cuanto sólo libera de responsabilidad a los agentes de la edificación cuando concurre caso fortuito, acto de tercero o del perjudicado. Es decir, hechos que quiebran el nexo de causalidad, criterio más estricto que el de la responsabilidad basada en la conducta negligente.

<sup>40</sup> GHESTIN (2000, p. 86).

<sup>41</sup> CASTRO [1985, § 27 (p. 29) y § 285 (pp. 227-229)].

<sup>42</sup> Véase por todas la STS, 1<sup>a</sup>, 29.10.2013 (RJ 2013\8053).

En las obligaciones de medios, el deudor no garantiza el interés que mueve al acreedor a contratar (la causa subjetiva) sino que únicamente se obliga a realizar una actividad del modo pactado y, en su defecto, con diligencia. Por ejemplo, la obligación que contrae el médico se ciñe —con carácter general— a aplicar en el tratamiento toda la diligencia que se espera de él en esa concreta situación. Pero no se encuentra *in obligatione* respecto de la finalidad que se persigue a través de la obligación: la curación del paciente<sup>43</sup>.

En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor garantiza el interés último que se busca satisfacer por medio de la obligación, que se integra en el deber de prestación.

De esta manera, en las obligaciones de hacer, en relación con las cuales la distinción medios/resultados es verdaderamente relevante, será de resultado si el deudor se obliga, valga la redundancia, a alcanzar ese resultado (entendido como “una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente”<sup>44</sup> que, agrego, satisfaga la finalidad contractual), como sucede, por ejemplo, en el transporte —obligación de llevar al pasajero o a la carga a su destino, sin daño— o en el contrato de obra —en el que la obra se garantiza como resultado—.

De ahí que consideremos que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado canaliza una distribución de riesgos que tiene como consecuencia dos niveles diferentes de vinculación: inclusión de la finalidad interesada en el contenido del contrato (y de la prestación) en el caso de las obligaciones de resultado, asumiendo el deudor, por lo tanto, los riesgos de su no consecución; permanencia del resultado fuera de la órbita vinculante, en el supuesto de las obligaciones de medios, de modo que el deudor no asume los riesgos de la falta de obtención del fin<sup>45</sup>.

Sin embargo, como advierte MENGONI, ello no significa que la finalidad (el resultado) o “interés primario” del acreedor esté ausente en las obligaciones de medios<sup>46</sup>. Ni, a la inversa, que la diligencia sea extraña a las obligaciones de resultado<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Por ejemplo, las SSTS, 1<sup>a</sup>, 13.7.1987 (RJ 1987\5488); 12.2.1990 (RJ 1990\677); 28.6.1997 (RJ 1997\5151); 10.11.1999 (RJ 1999\8057); 24.1.2007 (RJ 2007\977) ó 25.11.2010 (RJ 2011\1313), entre muchas.

<sup>44</sup> JORDANO (1991, p. 7).

<sup>45</sup> CARRASCO (1989, p. 592), considera que ésta es la única utilidad de la distinción: “En el Derecho español, el único uso de la distinción entre obligación de medios y de resultado es la de articular la asignación de riesgos, no distribuir la carga de la prueba; se dirá entonces que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor (...). De modo similar, MENGONI (1954, p. 190). La vigencia, a nivel internacional, de esta utilidad de la *summa divisio*, se constata en su inclusión en proyectos de armonización del Derecho contractual europeo como el DCFR, que regula dos niveles de vinculación distintos para las obligaciones de medios (IV. C. - 2:105: *Obligation of skill and care*) y de resultado (IV. C. - 2:106: *Obligation to achieve result*).

<sup>46</sup> MENGONI (1954, pp. 188-191).

<sup>47</sup> MAZEAUD & TUNC [1961, § 103-3 (pp. 129-130)].

En las obligaciones de medios, la actividad se dirige a promover ese interés primario del acreedor<sup>48</sup> (que, incluso, se tiene en cuenta para valorar la diligencia desplegada), pero el deudor no se obliga a conseguirlo. En otras palabras, el resultado actúa como propósito práctico que persiguen las partes a través del negocio pero no se garantiza, aunque evidentemente incide como presuposición —realidad que las partes tienen en cuenta al contratar—<sup>49</sup>. En cambio, en las obligaciones de resultado, el fin práctico se garantiza, incorporándose en el deber de prestación<sup>50</sup>, aun cuando para alcanzarlo el obligado deba, necesariamente, actuar con diligencia.

### 3. *Las obligaciones de medios y de resultado en la PCM*

Partiendo de lo expuesto en los apartados precedentes, corresponde ahora entrar a valorar la regulación de la clasificación “obligaciones de medios/obligaciones de resultado” en la PCM. Para ello, afrontaré, en primer lugar, el art. 415-2 PCM, que resulta aplicable a todas las obligaciones al enmarcarse en Libro Cuarto (“De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”) y, luego, la normativa que regula los contratos mercantiles especiales, en la medida que interese a la clasificación *sub examine*.

#### 3.1. El reconocimiento de las obligaciones de medios y de resultado en la PCM

El art. 415-2 PCM contiene dos apartados: el primero, en el que se reconoce la dicotomía obligaciones de medios y de resultado, y el segundo, en el que se establecen reglas de interpretación del contrato, para el caso de que las partes no hubieran pactado expresamente el tenor (en el sentido de medios o resultado) de la obligación asumida. Los analizo separadamente.

El apartado primero del art. 415-2 PCM admite y asume la clasificación de las obligaciones que las divide en obligaciones de medios y de resultado: “La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo”. De este modo, la PCM sigue la senda de los dos más recientes proyectos de armonización del

---

<sup>48</sup> CATTANEO (1958, pp. 48-49); DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 280-281); CABANILLAS (1993, p. 37).

<sup>49</sup> MORALES MORENO (1988, pp. 200-201). Es el mismo sentido que utiliza la jurisprudencia, como se constata en las SSTS, 1<sup>a</sup>, 15.11.2012 (RJ 2013\18) ó 29.10.2013 (RJ 2013\8053).

<sup>50</sup> Por eso considero que la doctrina incurre en cierta laxitud al incluir las obligaciones de dar dentro de las obligaciones de resultado, si sostiene simultáneamente, como criterio de distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado, la garantía o no del interés primario del acreedor (es decir, su inclusión en el deber de prestación). En las obligaciones de dar, esa finalidad práctica (o interés primario, en la expresión de MENGONI, 1954, p. 190) no se limita a la entrega de la cosa sino que consiste, evidentemente, en que el adquirente reciba una cosa útil «para la función que, según el negocio, se le puede asignar» [MORALES MORENO (2006c, p. 335)]. Para eso contrata. Sin embargo, el régimen de las acciones edilicias –aplicable a las obligaciones onerosas de dar, con origen contractual– no integra esa finalidad en el contenido de la prestación, exigencia *sine qua non* de las obligaciones de resultado. En consecuencia, no parece lo más acertado calificar las obligaciones de dar como de resultado, pivotando sobre el mero deber de entrega, cuando éste no satisface por sí mismo el interés primario del acreedor, que queda extramuros del deber de prestación. Sin entrar en demasiadas justificaciones, distingue entre obligaciones de dar y obligaciones de resultado, HERNÁNDEZ GIL (1960, p. 124).

Derecho contractual europeo: el DCFR (arts. IV. C. 2:105 y IV. C. 2:106) y la Propuesta CESL (art. 148).

Teniendo en cuenta que la Comisión General de Codificación, Sección Segunda, habría optado por regular únicamente aquellos aspectos de la teoría general de las obligaciones que considera de mayor relevancia, destaca aún más la decisión de reconocer expresamente y por primera vez en nuestro sistema legal (no así en la jurisprudencia, donde se encuentra bien establecida) la dicotomía obligaciones de medios y de resultado. Con el agregado de que el Capítulo V consta solamente de cuatro artículos, ocupándose los tres restantes de la presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles (art. 415-1 PCM), de la determinación del precio (art. 415-3 PCM), y de la exigencia de un deber de cooperación en el cumplimiento de las obligaciones cuando pudiera ser razonablemente esperada (art. 415-4 PCM).

A mi entender, acierta la PCM en reconocer la dicotomía obligaciones de medios/obligaciones de resultado aunque considero que el precepto proyectado ofrece deficiencias metodológicas (salvables, de las que nos ocuparemos al final del presente apartado) y sustanciales, éstas últimas con virtualidad suficiente para entorpecer la funcionalidad de la norma, las que trataremos en el apartado siguiente.

La utilidad de la clasificación *sub examine* reside en la asignación de riesgos entre las partes, definiendo el alcance de la vinculación del deudor en relación con la finalidad contractual. Determinar si una obligación es de medios o, en cambio, de resultado, es crucial para establecer si el sujeto obligado garantiza el propósito práctico contractual o no. Aquí se halla, en mi opinión —como señalé anteriormente—, el sentido del binomio y, por ello, estimo plausible su inclusión en la PCM, máxime si se lo relaciona (como hace la Propuesta) con el contenido del contrato y no con el *onus probandi*, materia que, por otra parte, no sería propia de un Código Mercantil.

Aun reconociendo que la clasificación encuentra un origen histórico en Francia —la mencionada necesidad de coordinar la aplicación de los artículos 1137 y 1147 del *Code*—, considero que su fundamento es real y, por lo tanto, extrapolable a otras jurisdicciones para resolver el mismo problema fáctico. De hecho, nuestra jurisprudencia no ha tenido reparo en aplicarla, ni tampoco la doctrina clásica. Es más, incluso encuentra cabida en un sistema inicialmente ajeno al continental, como el *Common Law*, en el que se reconoce —con terminología distinta, es cierto— que, en un contrato de servicios, la prestación puede consistir en una mera actividad diligente (*reasonable care and skill*) o cabe, en cambio, garantizar un resultado<sup>51</sup>.

El reconocimiento, en la PCM, de la bipartición obligaciones de medios/obligaciones de resultado presenta, no obstante, aspectos metodológicos criticables, aunque salvables.

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, la S. 13, *Supply of Goods and Services Act 1982* y el voto de Lord DENNING en el caso *Greaves & Co. v Baynham Meikle & Partners* [1975] All ER 99, 103. Admiten la distinción, en el Derecho inglés, ZWEIGERT/KÖTZ (1988, pp. 504-505).

En primer lugar, una obligación puede tener una fuente distinta del contrato, lo cual justificaría una regulación general de la clasificación para todas las obligaciones, si bien es cierto que la PCM carece de esa pretensión.

En segundo lugar, las obligaciones contractuales no son contenido del contrato, como lo entiende la PCM, sino efecto del contrato<sup>52</sup>. Afirma DÍEZ-PICAZO, a mi juicio acertadamente, que “[e]l contenido del contrato consiste (...) en una o varias reglas de conducta”<sup>53</sup> y las obligaciones, en lo que esas reglas crean<sup>54</sup>. No es correcto incluir en un capítulo destinado al contenido del contrato aspectos ajenos a la construcción de la regla contractual máxime si, como sucede en la PCM respecto de las obligaciones de medios y de resultado, no se establece claramente una norma dispositiva que se incorpore a la *lex contractus*. En este sentido, considero de mayor corrección técnica la regulación del contenido contractual de la [Propuesta de Anteproyecto de ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos](#), por la que se pretende reformar el Código Civil (en adelante, PMCC, Libro IV, Título II, Capítulo IV), que resuelve indeterminaciones de la *lex contractus*, como la eficacia vinculante de la publicidad (art. 1276 PMCC) o la falta de determinación del precio (art. 1277 PMCC).

En tercer lugar, convendría que el art. 415-2 PCM ciñera expresamente su ámbito de aplicación a las obligaciones de hacer, únicas susceptibles de ser clasificadas genuinamente como de medios o de resultado. La falta de definición en este punto podría ofrecer resquicios que justificaran un incumplimiento del deudor de una obligación de dar o de no hacer —sobre la base de una eventual falta de culpa—, cuando en ambas se garantiza un resultado (respecto del cual la culpa es indiferente): en las de dar, la entrega (y, en algunos casos, también la ausencia de defectos, cuando se encuentra vigente un régimen de conformidad, como el de los arts. 114 y 116 TRLGDCU) y en las de no hacer, la abstención.

### **3.2. La vinculación en ausencia de pacto expreso. Criterios. Relación con la norma general de interpretación**

El apartado segundo del art. 415-2 PCM comienza indicando su carácter dispositivo [“Cuando no se hubiera pactado expresamente (...)”], en consonancia con el principio establecido en el art. 411-1 PCM, por el cual las normas que regulan los contratos son dispositivas excepto que se establezca lo contrario, lo cual no es el caso.

En consecuencia, corresponde a las partes acordar el alcance vinculante de la obligación, conviniendo si la finalidad contractual queda garantizada (obligación de resultado) o no

---

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO (2007, p. 423).

<sup>53</sup> DÍEZ-PICAZO (2007, p. 424).

<sup>54</sup> DÍEZ-PICAZO (2007, p. 423).

(obligación de medios). Son éstas las que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>55</sup>, han de delimitar el contenido de la regla contractual y, por consiguiente, establecer en las obligaciones de hacer que se convienen, si se incluye o no en el deber de prestación la garantía de un resultado. De ello dependerá la calificación de una obligación como de medios o de resultado. Por ejemplo, las partes podrán acordar que el artesano se obligue a reparar un mueble o, en cambio, que su actividad consista en emplear su mayor diligencia en arreglarlo (verbigracia, si se trata de un mueble antiguo, afectado de un problema de difícil solución)<sup>56</sup>.

Al disponer de esta manera, el art. 415-2 PCM, apartado segundo, es consecuente con la teoría general de construcción del contenido contractual, en cuya virtud, la regla contractual se determina, en primer lugar, por las normas de Derecho imperativo; en segundo lugar, por el contenido convenido rectamente interpretado; y, en tercer lugar, por el Derecho dispositivo que la integra<sup>57</sup> (*ex arts. 1255 y 1258 CC*). Dado que el binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado no es imperativo, es lógico que se faculte a las partes para determinar libremente el contenido del contrato.

Lamentablemente, el acertado comienzo del art. 415-2, apartado segundo, se desmerezce con los criterios que propone a continuación, a los que se ha de acudir para dilucidar, en ausencia de pacto, si una obligación es de medios o de resultado.

A tal fin, el precepto citado ordena tener en cuenta “principalmente” (lo que denota el carácter meramente enumerativo de los criterios que se indican a continuación): “a) Los términos en que esté redactado el contrato; b) El precio y demás elementos del mismo; c) La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar; y d) La incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo”.

Los criterios que apunta el precepto son reglas de interpretación del contrato que se añaden (y, en lo que respecta a los términos del contrato, reitera) a las que se establecen en el art. 414-1 PCM. Este último introduce como “norma general” de interpretación contractual la intención común: “[e]l contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”. A continuación se indican unos criterios cuya finalidad pareciera ser exclusivamente determinar lo voluntariamente acordado (la norma general), tal como expresa el citado artículo 414-1 PCM [“(p)ara determinar esta intención común se tendrán en cuenta (...)”, frase seguida de parámetros

<sup>55</sup> Teniendo en cuenta, por supuesto, sus límites (por ejemplo, en contratos celebrados con consumidores, en aquellos que contengan condiciones generales, o, entre otros, la ley imperativa, *ex art. 1255 CC* —como la prohibición general de excluir la responsabilidad por dolo, *ex art. 1102 CC*—) y que la configuración de la obligación como de medios o de resultado incidirá de forma diferente en el deber de prestación del deudor. Según el caso, podrá entenderse como una exoneración de responsabilidad (si se agrava injustificadamente para una de las partes, por ejemplo, regulándose como obligación de resultado una actividad normalmente de medios), sometida a los controles que el ordenamiento contempla para ellas.

<sup>56</sup> Tomo el ejemplo de FROSSARD (1965, p. 75).

<sup>57</sup> DIEZ-PICAZO (2007, p. 432).

como los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de éstos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo, los usos y el sentido habitual de los términos en el sector]. Sin embargo, algunos de esos criterios —notoriamente, la naturaleza y finalidad del contrato, los usos<sup>58</sup> y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica— no buscan escrudiñar la intención común (interpretación subjetiva), sino que sirven para determinar el significado objetivo de la regulación contractual (interpretación objetiva).

Por lo tanto, el art. 415-2 PCM, apartado segundo [que introduce reglas de interpretación objetiva salvo el inciso (a)], no constituye una excepción del art. 414-1 PCM sino un complemento del mismo, a pesar del equívoco al que puede conducir la literalidad de este último precepto.

La referencia a criterios subjetivos y objetivos de interpretación del contrato es consecuente con el modo en que nuestro ordenamiento construye la regla contractual. El contenido del contrato se ha de interpretar necesariamente y, a tal fin, el Código Civil ya contempla los correspondientes criterios subjetivos (arts. 1281-1283 CC) y objetivos (arts. 1284-1289 CC). El art. 415-2 PCM (apartado segundo) no supone, en este aspecto, ninguna novedad, con el agravante de que deja pasar la oportunidad de introducir una genuina norma de Derecho dispositivo que contribuya a integrar la regla contractual en defecto de pacto.

### **3.3. La ausencia de una norma de Derecho dispositivo: una oportunidad perdida**

Sorprende y decepciona que el art. 415-2 PCM omita por completo reconocer un precepto de Derecho dispositivo por cuya virtud se establezca si, en ausencia de pacto, el obligado a una prestación de hacer garantiza o no la finalidad contractual. De este modo, la PCM no asume la regla de integración que la doctrina ha estimado como la más adecuada para determinar, en ausencia de pacto, si una obligación es de medios o de resultado.

En defecto de la voluntad explícita de las partes, la doctrina ha entendido, como el recurso más adecuado (entre los muchos propuestos)<sup>59</sup>, la consideración del carácter aleatorio del resultado, es decir, si su consecución es incierta o no, criterio que también ha seguido el Tribunal

<sup>58</sup> CASTRO [1985, § 112 (pp. 87-89)].

<sup>59</sup> Entre otros criterios, la doctrina propone los siguientes: (i) la situación de las partes, como por ejemplo, la actividad desarrollada por profesionales liberales, por un lado, y los oficios, por otro, asignando a los primeros obligaciones de medios y a los segundos, de resultado; (ii) el papel pasivo o activo del acreedor en el cumplimiento (el comportamiento pasivo indicaría resultado, como el viajero en el transporte; en cambio, el comportamiento activo sería indicio de una obligación de medios); y (iii) la mayor o menor determinación de la prestación (la mayor determinación indicaría resultado; la menor, medios). Todas ellas presentan sus inconvenientes. La primera, que el profesional liberal puede comprometerse a un resultado, por ejemplo, el abogado al que se le encarga un dictamen. La segunda, que por más pasivo que sea el papel del acreedor, no puede alterar la naturaleza de la prestación, como sucede con el papel del paciente (pasivo) y el del médico (activo): salvo casos concretos, la obligación del médico es considerada de medios. La tercera, porque toda prestación exige determinación y las eventuales lagunas en el contenido no conducen a una obligación distinta. Para una explicación detallada de cada uno de los criterios mencionados y de otros, véase CABANILLAS (1993, pp. 39-46). Respecto del carácter aleatorio del resultado, MALAURIE & AYNÈS [1995, § 823 (pp. 468-469)].

Supremo<sup>60</sup>. En el primer caso (incertidumbre) la obligación será calificada de medios; en el segundo (certeza), de resultado.

Recurrir al carácter aleatorio del resultado para integrar el contenido del contrato supone una opción más fiable que hacerlo mediante las normas del Código Civil o del de Comercio que regulan los contratos típicos. Aunque no niego la función modélica de estos contratos, existe el peligro —además de que no siempre contemplan la cuestión— de que la calificación que generalmente se otorga a un determinado tipo contractual no resulte adecuada para el caso concreto —circunstancia que intenta solventar la PCM, como veremos en el apartado siguiente—.

Por ejemplo, la relación entre un abogado y un cliente suele calificarse como un contrato de arrendamiento de servicios<sup>61</sup>. Señalamos anteriormente que este contrato es arquetípico como generador de una obligación de medios. Sin embargo, el encargo puede consistir en la realización de un dictamen, en cuyo caso, la obligación será de resultado, garantizándose su elaboración y, por consiguiente, el contrato será, más propiamente, de obra<sup>62</sup>. Lo mismo sucede, verbigracia, respecto del proyecto de edificación que se encarga a un arquitecto<sup>63</sup> o en intervenciones quirúrgicas de la llamada “medicina satisfactiva” o estética<sup>64</sup>.

Por consiguiente, reitero que corresponde a las partes convenir que la obligación que asume el deudor sea de medios o de resultado, con la consecuencia principal de establecer dos niveles diferentes de vinculación respecto del interés primario del acreedor. En el caso de que, tras interpretarse el contrato conforme a las reglas generales de interpretación, no se consiguiera determinar lo acordado, se produciría una “laguna” (término impropio aunque generalizado), que exigiría la integración del contrato mediante un precepto dispositivo, cuyo contenido —según sostiene la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia— dependerá de si la consecución del resultado es o no incierta.

Es por esto que considero conveniente que la PCM hubiera incluido una norma de Derecho dispositivo que sirviera para integrar el contenido del contrato si, tras su recta interpretación, no fuera posible determinar la extensión de la prestación asumida. La Propuesta carece de un precepto dispositivo de integración que resulte de aplicación a los contratos de servicios con

---

<sup>60</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTS, 1<sup>a</sup>, 3.3.2010 (RJ 2010\3778) y 27.9.2010 (RJ 2010\5155). No hay que confundir, evidentemente, el carácter aleatorio del resultado con la aleatoriedad del contrato. Esta última no se da—en todo caso nos encontramos ante contratos comutativos— ya que las prestaciones de las partes se hallan determinadas.

<sup>61</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 12.12.2003 (RJ 2003\9285); 9.5.2005 (RJ 2005\4682); 16.4.2008 (RJ 2008\4357) ó 22.4.2013 (RJ 2013\3690).

<sup>62</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 23.5.2011 (RJ 2001\3372) y 30.12.2002 (RJ 2003\333), si bien en ambas *obiter dicta*.

<sup>63</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 30.5.1987 (RJ 1987\3852), 26.3.1988 (RJ 1988\2478); 25.5.1988 (RJ 1998\10362) ó 7.3.2007 (RJ 2007\1531).

<sup>64</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 25.4.1994 (RJ 1994\3073) ó 29.6.2007 (RJ 2007\3871). Aunque la jurisprudencia más reciente matiza lo expuesto, en el sentido de que los actos de medicina satisfactiva no comportan *per se* la garantía de un resultado; véase la STS, 1<sup>a</sup>, 7.5.2014 (RJ 2014\2477), lo que refuerza la importancia de una norma de Derecho dispositivo que sirva para integrar el contrato en defecto de pacto.

carácter general, y tampoco se encuentra una norma con tal funcionalidad en los contratos mercantiles especiales, con la salvedad del “contrato de mediación mercantil o corretaje”, en la que la prestación del “mediador” se construye como una obligación de medios (arts. 545-2 y 545-3.2 PCM), en contra del criterio jurisprudencial imperante<sup>65</sup>. La ausencia de una norma dispositiva que integre la regla contractual en ausencia de pacto constituye, a mi juicio, el principal defecto de la PCM en esta materia.

El citado art. 415-2 PCM, apartado segundo, no cumple esa función ya que se limita a presentar unos criterios de interpretación del contrato. Tal vez pueda deducirse una tentativa de precepto dispositivo en el inciso “c” del artículo (“La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar”) pero, según lo entiendo, constituye una regla de interpretación objetiva del contrato, no una norma dispositiva de integración.

En atención a lo expuesto, encuentro que de poco sirve incorporar las obligaciones de medios y de resultado a la PCM si la regulación se conforma con indicar unos criterios de interpretación del contrato. Para tan corto viaje no hacían falta tales alforjas. Bastaba con recurrir a las reglas de interpretación del art. 414-1 PCM, para resolver cualquier incertidumbre respecto del sentido (subjetivo y objetivo) del contrato.

Entiendo que la PCM debería haber apostado por introducir una norma dispositiva por mor de la cual, en defecto de pacto, el deudor quede obligado a garantizar o no (decisión de política legislativa) la finalidad contractual. Y si esa norma asume la aleatoriedad del resultado como criterio diferenciador, conforme con nuestra doctrina especializada y la jurisprudencia, tanto mejor. Máxime si se tiene en cuenta que el art. 415-2 PCM forma parte del Libro Cuarto, Capítulo V (“Del contenido del contrato”), por lo que se espera de él, en correcta técnica legislativa, que establezca reglas contractuales —contenido—, no criterios de interpretación para los cuales existe, además, un Capítulo específico (Libro Cuarto, Capítulo IV).

La PCM se aparta, en este punto, de las más recientes propuestas europeas de armonización del Derecho de contratos —el DCFR y la Propuesta CESL—, con las que coincide en el reconocimiento del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado.

---

<sup>65</sup> Dispone el art. 545-2 PCM: “Obligaciones del mediador. El mediador estará obligado a realizar la actividad de intermediación necesaria para lograr la conclusión del negocio que le ha sido encomendada. A estos efectos, deberá desplegar la diligencia debida para hallar a una contraparte adecuada. También deberá informar a las partes de las circunstancias relativas al negocio que pueden influir sobre la consecución del mismo”. Que la prestación del mediador se construye como una obligación de medios se corrobora por el hecho de que el mediador cobra aun cuando no consiga el contrato, como ordena el 545-3.2 PCM: “El mediador tendrá derecho a la remuneración aun cuando la mediación no hubiera dado resultado, siempre que hubiera desplegado una actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación”. Al contrario, en la jurisprudencia predomina el criterio de que la prestación del mediador es de resultado. Véanse las SSTS, 1<sup>a</sup>, 26.3.1991 (RJ 1991\2447); 7.3.1994 (RJ 1994\2198); 30.4.1998 (RJ 1998\3460) ó 5.11.2004 (RJ 2004\6657). Como destaca CABANILLAS (1993, p. 82), “[e]n la mediación o corretaje el resultado es el criterio de evaluación al cual nace el derecho a cobrar el premio o comisión, surge en el momento mismo en que las partes aproximadas por el mediador estipulan el contrato proyectado, sin necesidad de esperar a su ejecución. Este dato explica que se considere que la prestación del mediador es de resultado: el deber de pago sólo surge cuando se ha firmado el contrato por virtud de las gestiones del mediador”.

Al respecto, el art. IV. C. 2:106 DCFR establece una norma de Derecho dispositivo que vincula al proveedor de un servicio a cumplir con el resultado expresado o previsto por el cliente al contratar si: (a) el resultado era uno que el cliente podía razonablemente esperar; y (b) el cliente no tenía motivos para creer que existía un riesgo sustancial de que el resultado no se pudiera alcanzar:

“The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service”.

Acierta el citado art. IV. C. 2:106 DCFR en introducir una norma de Derecho dispositivo la cual, además, se decanta por el criterio de la aleatoriedad del resultado, concorde con nuestra jurisprudencia y doctrina. Aunque, a mi entender, el inciso (a) debería referirse más directamente a la finalidad contractual para evitar confusiones con los simples motivos del acreedor, circunstancia que queda clara en los comentarios que los redactores hacen del artículo, ya que ciñen la vinculación del prestador al resultado previsto por el cliente razonable medio<sup>66</sup>.

Por su parte, el art. 148.2 CESL —cuyo ámbito de aplicación es considerablemente más restringido que el correspondiente precepto del DCFR ya que la Propuesta CESL no regula las obligaciones de hacer ni los contratos de servicios con carácter general, sino que se refiere exclusivamente a servicios de estrecha vinculación con el contrato de compraventa—<sup>67</sup> introduce una norma dispositiva del siguiente tenor literal:

“A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado”.

De este modo, a falta de un resultado exigido por el contrato (art. 148.1 CESL), el deudor del servicio cumple ejecutándolo con la “diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente” de él, lo cual supone que la finalidad contractual (el resultado) no se garantiza. Ello, con la salvedad de la prestación que consiste en la instalación de bienes (*ex art. 148.4 CESL*), a la que se aplica el régimen de conformidad —que exige satisfacer la finalidad contractual, como veremos *ut infra*, al tratar el contrato de obra—.

---

<sup>66</sup> VON BAR & CLIVE (2010, pp. 1653-1654). Compárese, en el mismo sentido —respecto de la finalidad contractual—, con CASTRO [1985, § 285 (pp. 228-229)]. Para un análisis detallado del precepto, véase CRESPO MORA (2013, pp. 18-27).

<sup>67</sup> Art. 5 CESL. Al respecto, véase WENDEHORST (2012, pp. 46-48).

Por consiguiente, la Propuesta CESL opta por introducir una norma de Derecho dispositivo por la cual el prestador de un servicio queda vinculado —según la terminología habitual— por una obligación de medios<sup>68</sup>. Constituye, a mi criterio, una decisión legislativa válida pero excesivamente protectora del deudor que prescinde de la aleatoriedad del resultado como criterio diferenciador, el cual encuentro más relacionado con la naturaleza del contrato. En todo caso, al igual que el DCFR, aporta una solución —aunque distinta— para las mal llamadas “lagunas” del contrato, previendo un precepto de carácter dispositivo, *iter* que la PCM decide —a mi juicio, erróneamente— no transitar.

### **3.4. El binomio en los contratos mercantiles especiales**

La regulación general de las obligaciones de medios y de resultado del art. 415-2 PCM encuentra su aplicación específica en algunos de los contratos mercantiles que contempla la Propuesta, señaladamente en los contratos de obra por empresa y en los contratos de prestación de servicios mercantiles. En ellos se establece no sólo el grado de vinculación respecto de la finalidad contractual —lo que permite distinguir las obligaciones de medios de las de resultado— sino también el nivel cualitativo que se espera del servicio en cada caso. Nos ocupamos de ellos a continuación.

#### **a. Los contratos de obra por empresa. El principio de conformidad como estándar cualitativo de las obligaciones de resultado**

El contrato de obra ha sido históricamente el ejemplo más recurrido de las obligaciones de resultado. Por ello y, obviamente, por su importancia económica, no es de extrañar que la PCM comience la regulación de los servicios con el “contrato de obra por empresa”<sup>69</sup> y que defina la obra, en el art. 521-1.2 PCM, como la “construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes”. Es claro que el término “resultado” ha de entenderse en el sentido definido por el comentado art. 415-2 PCM: como inclusión en el deber de prestación del fin práctico o utilidad que se busca alcanzar a través del contrato. Hasta aquí, nada nuevo, en la línea de la doctrina clásica, según la cual el contrato de obra conlleva la asunción de una obligación de resultado.

La novedad, aunque —por las razones que expondré— no suponga una propuesta rupturista con el ordenamiento vigente, consiste en introducir el principio o exigencia de conformidad de la

---

<sup>68</sup> Ratifican esta conclusión, además de relacionarla con el binomio obligaciones de medios y obligaciones de resultado, ZOLL & WATSON (2012, pp. 618-620). En cambio, VAQUER (2012a, pp. 438-445) relaciona el art. 148 CESL con el principio de conformidad que impera en la Propuesta y, en su virtud, entiende que no corresponde valorar la culpa del deudor (la obligación sería siempre de resultado), excepto que el contrato lo exigiera expresamente.

<sup>69</sup> El art. 521-1.1 PCM introduce una noción del “contrato de obra por empresa”, en los siguientes términos: “Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos”.

obra con el contrato (art. 522-1 PCM), como nivel cualitativo del resultado al cual queda vinculado el contratista.

El “principio de conformidad” es un concepto que nace para el contrato de compraventa y se acuña en la CISG, superadora de las diferencias que existen (*rectius*: en buena medida, existían) entre los sistemas continentales (de raigambre francesa o germana) y los ordenamientos entroncados en el *Common Law*<sup>70</sup>. Es un auténtico “sistema” de vinculación, con un mecanismo autónomo de remedios, que resulta incompatible con el tradicional régimen de saneamiento de las acciones edilicias<sup>71</sup>.

La exigencia de conformidad se extiende, en la Unión Europea, a las compraventas internas pero exclusivamente de consumo, por medio de la Directiva 1999/44/CE<sup>72</sup> —transpuesta en España por la Ley 23/2003, actualmente incluida en el TRLGDCU—<sup>73</sup> y, en el Derecho comparado, ve la luz en los § 433 y 434 BGB, tras la reforma del año 2001.

La expresión “principio de conformidad”<sup>74</sup> se refiere, en el ordenamiento vigente, a la exigencia legal por la cual se obliga a la parte que debe entregar una cosa a que la misma sea conforme con el contrato<sup>75</sup>. En aplicación de este principio, la entrega de un bien que no se corresponda con el objeto programado por las partes en el contrato<sup>76</sup>, constituye un incumplimiento contractual<sup>77</sup>.

---

<sup>70</sup> Véase MORALES MORENO (1998, p. 289) y FENOY PICÓN (2006, p. 40). Aunque la solución que se adopta es ciertamente cercana a la del *Common Law*. Véase, por ejemplo, la regulación de la S. 14 *Sale of Goods Act 1979* (en adelante, SGA) respecto de las ventas realizadas por un profesional. Compara el art. 35 CISG con el art. 14 SGA 1979, BRIDGE (2001, pp. 147-149).

<sup>71</sup> FENOY PICÓN (2006, pp. 41-42); MORALES MORENO (1998, p. 294).

<sup>72</sup> El art. 2.1 de la ya referida Directiva 1999/44/CE establece: “El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa”.

<sup>73</sup> El art. 114 TRLGDCU establece: “El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”.

<sup>74</sup> Lo denomina así la Directiva 1999/44/CE, en sus Considerandos (7) y (8), afirmando en el primero que: “el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”. Esta afirmación no es del todo acertada, por la vigencia en muchos países de la Unión Europea, del saneamiento como sistema especial de responsabilidad por los defectos de las cosas vendidas. Así lo señala MORALES MORENO (2006b, p. 97), aunque subraya que la presencia del principio de conformidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos puede predicarse de la ratificación de la CISG, de la cual proviene la exigencia de conformidad.

<sup>75</sup> Compárese con VERDA Y BEAMONTE (2007, p. 317).

<sup>76</sup> Véase SAN JULIÁN (1996, p. 89).

<sup>77</sup> En este sentido, afirma FENOY PICÓN (2006, p. 23): “(...) el vendedor incumple el contrato si el objeto que materialmente entrega (el objeto real) no se ajusta al objeto diseñado en el contrato (el objeto ideal). A ese incumplimiento se lo denomina falta de conformidad o no conformidad del bien entregado (...)”.

La exigencia de entregar un bien que sea conforme con el contrato se ha referido, tanto en la CISG (art. 35) como en la Directiva 1999/44/CE (art. 2.2) y en el BGB (§ 434), a la habilidad del bien para cumplir con la finalidad contractual, concretada en la utilidad del objeto<sup>78</sup>. Se permite que las partes convengan esa finalidad o utilidad exigible contractualmente<sup>79</sup> (punto de partida respetuoso de la autonomía privada) y, en su defecto, el vendedor debe entregar una cosa apta para su uso ordinario o que sirva para la utilidad subjetiva o especial del comprador, con relevancia contractual (descartándose los simples motivos)<sup>80</sup>. De este modo, la utilidad del objeto —la finalidad contractual— se incorpora al contenido del contrato, pudiendo el comprador exigirla del vendedor, fórmula superadora del régimen de saneamiento ya que, en el mismo, el deudor no garantiza la satisfacción de la finalidad contractual en lo que respecta a la utilidad de la cosa (en cambio, sí lo hace en relación con la entrega, *ex art. 1468.I CC*) y, por ello, las acciones edilicias no se asientan en un incumplimiento del contrato<sup>81</sup>.

Aplicando el principio de conformidad al contrato de obra, como ordena la PCM, se comprueba que su mayor aporte reside en el nivel cualitativo que se exige de la prestación. En efecto, tratándose de una obligación de resultado, la necesidad de que el servicio sea hábil para cumplir con la finalidad contractual o, lo que es igual, que el deudor garantice el propósito práctico del contrato, es una exigencia esencial de esta clase de obligaciones, sobre la cual pivota el binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado y sirve para distinguir unas de otras. A este respecto, por consiguiente, nada añade el principio de conformidad.

En cambio, supone un interesante aporte en relación con las cualidades de la obra, incidiendo, en definitiva, en la medida de la protección que el resultado práctico recibe del contrato. No es lo mismo, por ejemplo, que un constructor quede obligado a entregar un edificio con los estándares habituales que, adicionalmente, deba garantizar su habitabilidad como vivienda. Corresponde a las partes y, en su defecto, al ordenamiento, definir la extensión del interés garantizado en el contrato.

La PCM opta por el principio de conformidad, lo que supone decantarse por una protección reforzada del comitente ya que incorpora al deber de prestación del contratista la obligación de realizar una obra que sea conforme con el contrato y satisfaga la utilidad objetiva o subjetiva del comitente. Al respecto, ordena el art. 522-1.2 PCM que la obra “posea las características y las cualidades contempladas en el contrato, incluidas aquellas que presente la muestra o modelo tomado en consideración por las partes, y sea apta para el uso previsto, expresa o tácitamente, en el contrato”. En defecto de previsión contractual, el precepto citado —de modo semejante a lo que

<sup>78</sup> Respecto de la integración, en la finalidad contractual, de las cualidades presupuestadas en el objeto, que determinan su utilidad, MORALES MORENO (2006c, p. 335).

<sup>79</sup> Art. 31.1 CISG y art. 2.1 Directiva 1999/44/CE.

<sup>80</sup> Art. 35.2 CISG y art. 2.2 Directiva 1999/44/CE.

<sup>81</sup> MORALES MORENO (1980, pp. 679-681).

dispone el principio de conformidad en materia de compraventa—<sup>82</sup> establece que “la obra se considerará conforme cuando sea apta para el uso a que ordinariamente se destinen las de la misma clase y presente la calidad y las prestaciones habituales que, conforme a su naturaleza, el comitente pueda razonablemente esperar”. Al incluir la finalidad particular o utilidad subjetiva como regla, en el primer párrafo del art. 522-1.2 PCM (“el uso previsto, expresa o tácitamente, en el contrato”), y la utilidad objetiva o del tráfico con carácter subsidiario, la PCM introduce un orden jerárquico en el tipo de finalidad contractual que se garantiza, de manera semejante al § 434 BGB y, en cambio, diversa del art. 2.2 Directiva 1999/44/CE<sup>83</sup>, que no jerarquiza, aunque las consecuencias prácticas de ambos modelos de regulación son similares ya que incluyen la utilidad subjetiva en el vínculo contractual, siempre que concorra.

Considero, como he anticipado, que la aplicación del principio de conformidad a los servicios no es rupturista por cuanto nuestra jurisprudencia, primero, y la ley —en materia de obra inmobiliaria—, habían extendido el campo de la finalidad garantizada en el contrato, tradicionalmente definida, en defecto de pacto, por los usos del tráfico o las leyes de cada arte (*lex artis*)<sup>84</sup>.

Lo expuesto se manifiesta con claridad, por ejemplo, en el contrato de obra inmobiliaria, que ha recibido un detenido tratamiento jurisprudencial y legal, en lo que respecta a la responsabilidad por ruina, cuya complejidad excede con creces los fines de este apartado.

El Tribunal Supremo ha considerado que el art. 1591 CC contempla una responsabilidad de naturaleza contractual, de los sujetos que intervinieron en la edificación, frente al dueño de la obra o el adquirente del inmueble<sup>85</sup>. La responsabilidad es exigible no sólo de quienes fueron parte en el contrato de obra —normalmente el promotor o el constructor—<sup>86</sup>, sino del resto de los que actuaron de algún modo en ella (si el daño es a causa de su intervención y en su medida), a los que la LOE califica como “agentes de la edificación” (promotor, constructor, arquitectos, aparejadores, etc.).

El art. 1591 CC establece una garantía *ex lege*<sup>87</sup>, que se incluiría en el contenido del contrato de obra<sup>88</sup>, exigiendo de la construcción unas determinadas cualidades que impidan la ruina,

---

<sup>82</sup> Véanse, por ejemplo, los arts. 35 CISG, 116 TRLGDU y § 434 BGB.

<sup>83</sup> Respecto de la jerarquía en el BGB y la ausencia de ella en la Directiva 1999/44/CE, véase MARCO DE MOLINA (2003, pp. 2436-2441).

<sup>84</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, p. 279); LACRUZ *et al.* (2002, p. 189).

<sup>85</sup> Este último, aparentemente, por subrogación en las acciones del propietario. SSTS, 1<sup>a</sup>, 1.4.1977 (RJ 1977\1510); 26.11.1984 (RJ 1984\5659); 17.7.1990 (RJ 1990\5890); ó 6.2.1997 (RJ 1997\681). También se encuentra legitimado activamente el promotor-vendedor [SSTS, 1<sup>a</sup>, 17.7.1990 (RJ 1990\5890) ó 27.4.1995 (RJ 1995\3259)]. En el mismo sentido, el art. 17.1 LOE.

<sup>86</sup> DÍEZ-PICAZO (2010, p. 380).

<sup>87</sup> DÍEZ-PICAZO (2010, p. 391).

entendida ésta no sólo en sentido estricto o gramatical (derrumbamiento total o parcial del edificio)<sup>89</sup>, sino también la ruina potencial (posibilidad futura y cierta de derrumbamiento) y, lo que es más trascendente, la ruina funcional, que tiene en cuenta la utilidad y finalidad de la edificación<sup>90</sup>.

Similar responsabilidad contempla el art. 17 LOE que establece un triple nivel de daños: los estructurales [art. 17.1.a)], los que afectan a la habitabilidad del edificio [art. 17.1.b)] y los que inciden en la terminación o acabado de las obras (art. 17.1, párrafo cuarto; de éstos responde sólo el constructor).

De este modo, la garantía legal establecería un mínimo de vinculación de los agentes de la edificación (inderogable)<sup>91</sup>, respecto de las cualidades de la obra, sin perjuicio de la mayor responsabilidad que resulta del propio contrato de obra, exigible a quienes hayan sido parte en el mismo, en virtud de los arts. 1091, 1098, 1101, 1166, 1255 y 1258 CC<sup>92</sup>. Y ese “mínimo” es un “máximo”, valga el oxímoron, en relación con la finalidad contractual garantizada ya que incluye en la prestación del deudor extremos— como la habitabilidad— antaño extramuros (excepto pacto) del contenido del contrato de obra.

El principio de conformidad que reconoce la PCM viene a corroborar la evolución jurisprudencial y legal, y, además, es acorde con el nivel prestacional que se espera actualmente de un profesional<sup>93</sup>, por lo cual su exigencia en el contrato de obra por empresa que regula la PCM parece acertada. Concuerda, adicionalmente, con el § 633 BGB —reformado en el año 2001— y la propuesta del art. IV. C. 3:104 DCFR, cuyos redactores consideran al principio de conformidad

<sup>88</sup> CABANILLAS (2000, p. 445). El mismo autor, previamente (1997, pp. 159-160). Aun cuando lo exprese parcialmente, DÍEZ-PICAZO (2000, p. 14), considera que el art. 1591 CC pertenece a la regulación del contrato de obra. SALVADOR CODERCH (1991, p. 1191), afirma que la ruina del art. 1591 CC supone incumplimiento (no determina de qué contrato pero a continuación se refiere al contrato de obra). La inclusión de la utilidad en el contenido del contrato se comprueba con el hecho de que el perjudicado puede ejercitar la acción de cumplimiento, exigiendo la reparación *in natura* [véase la STS, 1<sup>a</sup>, 19.1.2005 (RJ 2005\1000)].

<sup>89</sup> El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésimo segunda edición, define el término “ruina” como: “acción de caer o destruirse algo”. Utiliza esta definición, ESTRUCH (2011, p. 49).

<sup>90</sup> SSTS, 1<sup>a</sup>, 29.3.1994 (RJ 1994\2531), 13.10.1994 (RJ 1994\7547), 23.1.1995 (RJ 1995\347) ó 27.4.2009 (RJ 2009\2899).

<sup>91</sup> CABANILLAS (2000, p. 445).

<sup>92</sup> STS, 1<sup>a</sup>, 2.12.1994 (RJ 1994\9394).

<sup>93</sup> La vinculación agravada de un profesional se constata en la jurisprudencia y en la legislación. Con respecto a la jurisprudencia, destaca la doctrina del *aliud pro alio*, la cual, cuando se aplica en sentido objetivo (es decir, sin consideración de un defecto de información precontractual) vincula al profesional por la utilidad del objeto y no al particular, por lo cual se establecen distintos niveles de vinculación [véase al respecto, FENOY PICÓN (1996, p. 203)]. La recepción legal del principio de conformidad (en la CISG y en el TRLGDCU), ceñida en nuestro Derecho a los profesionales, ratifica que, de modo creciente, existen diferentes niveles de vinculación, según si el obligado a dar una cosa o prestar un servicio es un profesional (los llamados contratos “B2B” y “B2C”) o, en cambio, un particular (contratos “C2C” o, más correctamente, “P2P”).

como una aplicación específica y refinada— esto último, sin duda, por el nivel cualitativo exigible— de la obligación de alcanzar un resultado del ya citado art. IV. C. 2:106 DCFR<sup>94</sup>.

**b. Los contratos de prestación de servicios mercantiles. *Quid* sobre la diligencia como contenido del contrato**

La Propuesta consagra el Título III del mencionado Libro Quinto (que versa sobre los contratos mercantiles en particular) a los “contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales”, de los cuales, a los efectos de este trabajo, interesan exclusivamente los primeros. A su vez, el Capítulo I del referido Título III contiene disposiciones generales para todos los contratos de prestación de servicios, en las que se definen, entre otros extremos, el grado de vinculación del prestador respecto de la finalidad contractual y el nivel cualitativo de la prestación que se garantiza.

En lo que respecta a lo primero —el grado de vinculación—, el art. 531-1.1 PCM establece: “Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando los medios adecuados pero *sin obligarse a la obtención de un resultado*” (la cursiva es mía). Nuevamente, la referencia al “resultado” ha de ponerse en relación con el art. 415-2 PCM, entendiéndose, en este caso, como exclusión del deber de prestación de la garantía del fin práctico o utilidad que se busca alcanzar a través del contrato. En consecuencia, es inherente a la naturaleza del contrato de prestación de servicios de la PCM que el prestador asuma una obligación de medios. Por ende, si las partes acordaran que el prestador garantizase el resultado (*rectius*: la finalidad contractual), el contrato —rectamente calificado— no sería de “prestación de servicios mercantiles” sino de obra (ex art. 521-1 PCM).

Definido el grado de vinculación respecto de la finalidad contractual, corresponde recordar la acertada advertencia de MENGONI, en el sentido de aun cuando, en las obligaciones de medios, el interés primario del acreedor queda extramuros del deber de prestación, la actividad del deudor se ha de dirigir a promoverlo<sup>95</sup>, lo que nos conduce directamente al segundo problema que nos ocupa: las cualidades que ha de reunir la prestación.

Al respecto, el art. 531-2.1 PCM establece que: “[e]l prestador del servicio deberá realizar la actividad objeto del contrato con la diligencia exigida por la índole de aquél y conforme a las reglas de la correspondiente profesión, oficio o arte”.

La cuestión que interesa precisar es si, (i) como se sostiene de ordinario, el deber de prestación del deudor se agota en una mera actividad diligente o si, por el contrario, (ii) en la determinación

---

<sup>94</sup> VON BAR & CLIVE (2010, p. 1717).

<sup>95</sup> MENGONI (1954, pp. 188-191).

de las cualidades exigibles de la prestación incide, de alguna manera, el concreto contrato celebrado; y (iii) teniendo en cuenta lo anterior, cómo debe interpretarse el art. 531-2.1 PCM.

Según el análisis habitual<sup>96</sup>, el contenido del deber de prestación del deudor de una obligación de medios se circumscribe a realizar una actividad de manera diligente. Valga la aclaración de que el concepto de diligencia que, al efecto, se utiliza se refiere al plano del contenido de ese deber de prestación (función integradora de la diligencia, en términos de BADOSA COLL<sup>97</sup>), operatividad que no debe confundirse con la que corresponde a la culpa/negligencia como criterio de imputación de responsabilidad, en caso de incumplimiento material —*ex art. 1101 CC*, para la responsabilidad contractual—<sup>98</sup> (función promotora de la diligencia)<sup>99</sup>, de la que no nos ocupamos.

La doctrina no suele explayarse en los motivos que justifican su inclinación por la diligencia, como contenido de la prestación, en las obligaciones de medios. La excepción a esta parquedad la ofrece BADOSA COLL y, por ello, entiendo oportuno destacar, aunque sea someramente, su postura.

BADOSA COLL analiza prolijamente la función que cumple el art. 1104 CC, que regula de modo específico la diligencia exigible, y concluye que esta norma se dirige exclusivamente a valorar la conducta desplegada en el cumplimiento de una obligación (función promotora de la diligencia)<sup>100</sup>. De lo que se seguiría que el artículo citado no regularía, al menos de modo directo, la función de la diligencia en la determinación del contenido de la prestación. Sin embargo, BADOSA COLL extiende las consecuencias que deduce del art. 1104 CC (función promotora) a la diligencia como actividad debida (función integradora) y aquí radica su interés para este trabajo.

Al respecto, procede mencionar que el art. 1104 CC establece dos parámetros opuestos de diligencia exigible: (i) la diligencia que resulte de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (criterio concreto, art. 1104.I CC) y (ii) la diligencia que correspondería a un buen padre de familia (criterio abstracto, art. 1104.II CC)<sup>101</sup>.

Al tratar la diligencia en el cumplimiento de la obligación, BADOSA COLL analiza la coordinación entre los dos modelos que regula el art. 1104 CC, entendiendo (por razones históricas, por

<sup>96</sup> Véase al respecto DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 280-281).

<sup>97</sup> BADOSA (1987, pp. 167-176).

<sup>98</sup> JORDANO (1991, p. 31).

<sup>99</sup> BADOSA (1987, pp. 167-176). La distinción también la formula, con claridad, CATTANEO (1958), p. 51.

<sup>100</sup> BADOSA (1991, p. 40): “El art. 1104 considera “la culpa en el cumplimiento” como acto ilícito consistente en la infracción de la carga de diligencia en el cumplimiento”. Entiende lo mismo CARRASCO (1989, p. 592).

<sup>101</sup> El criterio concreto proviene del art. 512 del Código civil argentino. El modelo abstracto, del art. 1137 del *Code* (equivalente al art. 1094 CC) y, más especialmente, del art. 1013 del Proyecto de 1851. Véase BADOSA (1987, p. 265).

referencia a otros preceptos del Código Civil y por motivos de equidad, aun cuando la literalidad del precepto pareciera indicar lo contrario), que debe primar el modelo abstracto, referido a la diligencia del buen padre de familia<sup>102</sup>. De esta manera, la finalidad del modelo concreto sería, únicamente, “precisar o concretar la abstracción del modelo del párrafo II [abstracto]”<sup>103</sup>.

Cuando, más adelante en su obra, se refiere a la diligencia como contenido de la prestación de hacer (de medios), el autor citado —en lo que a nosotros interesa, por tratarse de un contrato— examina la conducta exigible en el mandato (art. 1719 CC). Este precepto ordena que la ejecución del mandato debe realizarse conforme a las “instrucciones” del mandante (art. 1719.I CC) y, en su defecto, según lo que la naturaleza del negocio exigiría a un buen padre de familia (art. 1719.II CC).

Trasladando las conclusiones a las que llega respecto del art. 1104 CC, BADOSA COLL entiende que el modelo abstracto (buen padre de familia) no es subsidiario —como parece desprenderse del tenor literal del art. 1719 CC— sino que se aplica siempre, con el límite de las instrucciones del mandante<sup>104</sup>. Por consiguiente, el contenido de la prestación del deudor en las obligaciones de medios, según este autor, consistiría en un deber de realizar la actividad de la manera y con la diligencia que exija el modelo abstracto del buen padre de familia<sup>105</sup>.

Sin entrar a valorar el acierto de esta opinión doctrinal respecto de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad (es decir, la función promotora de la diligencia, a la cual se refiere el art. 1104 CC), que no es objeto de este trabajo, considero que sus conclusiones no resultan estrictamente extrapolables a la diligencia entendida como contenido del deber de prestación (actividad debida) en las obligaciones de medios, al menos en materia de contratos.

Dado que, en materia contractual, corresponde a las partes definir el programa prestacional (art. 1255 CC), entiendo que habrá que estarse, con carácter preferente, a lo acordado, como contenido de la actividad debida<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Este estándar prescinde de la histórica clasificación tripartita de la culpa (grave, leve y levísima), cuya aplicación dependía del tipo de obligación. Véase GARCÍA GOYENA (1852, art. 1005, pp. 40-42). El estándar abstracto es único para el cumplimiento de cualquier obligación y, en cuanto a su grado, no refiere a un parámetro meramente estadístico (grado menor) sino que exige una diligencia mayor (o media) pero no máxima, haciendo responsable al deudor de su culpa grave y leve pero no de la levísima. Véanse CARRASCO (1989, p. 608) y BADOSA (1991, p. 42). También el criterio concreto prescinde de la clasificación tripartita, como afirma BADOSA (1987, p. 273).

<sup>103</sup> BADOSA (1991, p. 42), coincidiendo con CARRASCO (1989, p. 609). Lo recogido entre corchetes me pertenece.

<sup>104</sup> BADOSA (1987, pp. 520-530). Considera el autor que las instrucciones del mandante no pueden comprender todos los extremos de la prestación del mandatario, so pena de desnaturalizar el mandato (p. 529).

<sup>105</sup> Por su parte, CABANILLAS (1993, p. 124), también se inclina por la diligencia como contenido de la prestación del deudor de una obligación de medios (*rectius*: de “actividad”, en la terminología que sigue este autor) aunque difiere de BADOSA en la interpretación del art. 1104 CC, entendiendo que ha de primar el criterio concreto —por sobre el abstracto— en la apreciación de la diligencia.

<sup>106</sup> En este sentido, véase MENGONI (1954, pp. 205-206). Analizando el art. 1176.II del *Codice* (“En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse según la

Adaptando a los tiempos corrientes un ejemplo de DEMOGUE (referido a la vigilancia como obligación de medios)<sup>107</sup>, son las partes quienes deben definir que una empresa de vigilancia lleve a cabo determinados controles en zonas establecidas, disponiendo para ello de un número convenido de personal, que cumpla con unos turnos acordados, etc., con independencia de si lo pactado se corresponde con lo que haría un buen padre de familia.

El cumplimiento de tareas preestablecidas (y la consideración de incumplimiento contractual por su no realización o cumplimiento defectuoso)<sup>108</sup> no altera la calificación de la obligación como de medios, en atención al interés primario del acreedor, que siempre queda extramuros del vínculo (en el ejemplo propuesto, evitar hechos delictivos)<sup>109</sup>.

---

naturaleza de la actividad ejercitada”), este autor se aparta del modelo abstracto del primer párrafo del mismo art. 1176 y concede prioridad a la actividad que exija la obligación en concreto, integrada según los parámetros de la buena fe. Destaca que el criterio abstracto del buen padre de familia es un modelo no técnico, por lo que no contempla la actividad exigible en una obligación contraída en el ejercicio de una profesión. BADOSA (1987, pp. 104, 121-137 y 289-292), coincide en que el criterio abstracto del *bonus pater familias* responde a un modelo no profesional aunque, refiriéndose al art. 1104.II CC, entiende que la obligación puede “expresar” una diligencia superior, la del perito, que aplica con carácter preferente. No considera (p. 291) que la “expresión” de la diligencia exija un pacto expreso sino que la reputa existente “siempre que de la obligación se desprenda que el deudor al obligarse, asumió dicha obligación “en concepto de perito o experto”. “Expresión en la obligación” equivale a calidad o concepto en que la obligación ha sido asumida”.

<sup>107</sup> DEMOGUE [1925, § 1237 (p. 539)]. Menciona dos ejemplos de obligaciones de medios: (a) la obligación del banco de custodiar los efectos depositados en una caja fuerte y (b) la del vigilante de una propiedad. Ninguno garantiza el interés primario del deudor: la ausencia de robo o hurto. Reiteran el caso, referido a la vigilancia de una cosa (como obligación de medios), WEILL & TERRÉ [1986, § 396 (p. 402)].

<sup>108</sup> Lo que afirma es consecuente con la aplicación del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado al contenido del contrato (tal como se presenta la cuestión en España) y no al incumplimiento (problema específico del Derecho francés). La calificación de una obligación como “de medios” no es incompatible con una acepción neutra del incumplimiento contractual —como desviación objetiva del programa prestacional [véase PANTALEÓN (1993, pp. 1720-1721); MORALES MORENO (2010, pp. 29-30); y GÓMEZ POMAR, (2007, p. 7)]—, como modernamente se sostiene y con la que estoy de acuerdo. Aunque dudo que pueda aplicarse, en sentido estricto, a aquellos casos en los que la diligencia actúa como norma de heterointegración del contrato —es decir, en defecto de pacto—, en los que, a mi entender, no cabe predicar una *strict liability*, tal como se reconoce incluso en un sistema altamente objetivado como el Derecho inglés [véase TREITEL (2003, pp. 840-841)]. Dado que la diligencia constituye, en esos casos, el contenido del contrato, el concepto neutro de incumplimiento podría aplicarse [como sostiene BARRÓN (2012, pp. 1184-1185)], aunque no sin cierta laxitud, ya que corresponderá valorar, necesariamente, la culpa del prestador del servicio.

<sup>109</sup> Una solución distinta parece proponer MORALES MORENO (2009, pp. 215-220). Considera este autor que, en las obligaciones de medios, la ejecución de la actividad convenida (en el clausulado) o exigible conforme al contrato (según la culpa en abstracto) supone la consecución de un resultado, consistente en la obtención de una correcta prestación del servicio. Encuadra, así, las obligaciones de medios dentro del concepto unitario de incumplimiento, pareciendo referir el propósito práctico a la prestación del servicio conforme con el contrato, en vez de a la satisfacción de la utilidad esperada o interés primario del acreedor. En el mismo sentido se pronuncia BARRÓN (2009, p. 483): “(...) en ningún caso debe entenderse que el resultado perseguido con la prestación de un servicio, queda fuera del contenido de la obligación jurídica que afecta al agente, más bien lo importante será determinar, claramente, en cada caso, cuál es el resultado que realmente puede esperar el cliente del servicio que se le va a prestar”. Como sostengo en varias oportunidades de este trabajo, el «resultado» debe entenderse como la finalidad contractual y no con los objetivos materiales a los que se compromete el prestador, que se dirigen a obtener la finalidad pero que no siempre garantizan su satisfacción (traigo a colación, nuevamente, la actividad médica). Conceder otro significado a la expresión “resultado” privaría de todo sentido a la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado, la cual, reitero, considero de utilidad práctica.

En la interpretación de ese contenido del contrato se tendrán en cuenta no sólo los criterios que escudriñan la voluntad (arts. 1281-1283 CC), sino también los criterios objetivos (arts. 1284-1289 CC), a los que asimismo refiere el párrafo primero del art. 1104 CC (modelo concreto), cuando alude a la diligencia “que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

En caso de que las partes no hubieran regulado de modo integral la conducta exigible del deudor (algo habitual en la práctica), no existe inconveniente en que las omisiones se integren (*ex art. 1258 CC*) con el modelo abstracto del buen padre de familia (arts. 1104.II y 1719.II CC)<sup>110</sup>. En las obligaciones de actividad, el arquetipo viene, de ordinario, referido al modelo abstracto cualificado o profesional de la *lex artis*<sup>111</sup>. Así entendida, la diligencia cumple una función de integración del contenido del contrato en vez de constituirse —como sostiene la tesis de BADOSA COLL— en su fuente principal.

En resumen, considero que el modo que proponemos de construir el contenido del deber de prestación en una obligación de medios —que parte del contrato celebrado como rector de la actividad debida y que asigna a la diligencia la función de integración para suplir las omisiones que pudieran existir en la reglamentación contractual— se presenta como más respetuoso con la voluntad de las partes, a la que atiende con carácter primordial.

Anteponer el modelo abstracto conlleva el riesgo de reducir el contenido del contrato a la promesa de respetar ciertas reglas generales (las que establezca el modelo abstracto de diligencia)<sup>112</sup>, privando de libertad a las partes de convenir lo que estimen oportuno. Aunque, como siempre, habrá que tener en cuenta las limitaciones a la autonomía de la voluntad que controlan, por ejemplo, la validez de los pactos que excluyen o restringen la responsabilidad de una de las partes, particularmente, aquellos incluidos en condiciones generales de la contratación. Sentada la postura que considero correcta, interesa dilucidar la solución que adopta el art. 531-2.1 PCM, en concreto, cuando establece que la actividad debe realizarse “con la diligencia exigida por la índole de aquél [el contrato] y conforme a las reglas de la correspondiente profesión, oficio o arte” (lo indicado entre corchetes me pertenece).

El precepto guarda una semejanza innegable con el art. 1104 CC, refiriendo, al igual que éste, a la diligencia en concreto, exigida por la índole del contrato, y a la diligencia en abstracto, en su modalidad agravada por el estándar profesional de la *lex artis*, lo cual es consecuente con el carácter empresarial del prestador de servicios en la PCM. Y, tal como sucede con el art. 1104 CC,

<sup>110</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 575-576).

<sup>111</sup> En relación con el modelo abstracto del profesional o perito y su prelación respecto del modelo abstracto del buen padre de familia, véase BADOSA (1987, pp. 121-137 y 289-292).

<sup>112</sup> Como advierte WERRO (1989, p. 276).

se plantea la duda de si debe primar el criterio abstracto o el concreto, para lo cual nos remitimos —por su *ratio* común— a lo expuesto anteriormente.

Poniendo en relación el art. 531-2.1 PCM con el modo de construir el contenido del contrato cabe cuestionarse si el precepto analizado conlleva una primacía necesaria de la diligencia como *lex contractus* en las obligaciones de medios. A mi juicio, no. Recordemos que el art. 411-1 PCM establece que las normas que regulan los contratos son de carácter dispositivo, por lo que se permite a las partes convenir en contrario. En consecuencia, lo pactado debería prevalecer sobre la diligencia (abstracta o concreta) como contenido prestacional. Retomando el ejemplo del servicio de vigilancia, si las partes acuerdan que tres personas vigilen la entrada principal de un edificio en turnos sucesivos (una persona cada ocho horas), esta regla debe regir, aun cuando la diligencia (abstracta o concreta) aconseje una organización distinta. Sostengo esta conclusión incluso si las partes no excluyen expresamente la aplicación del art. 531-2.1 PCM (a pesar del tenor literal del art. 411-1 PCM)<sup>113</sup> por mor de una interpretación sistemática del contrato y en virtud del carácter dispositivo del precepto, cuya función como norma de integración del contrato se desnaturalizaría si se impusiera sobre el contenido libremente convenido. Siendo consecuente con esta función, considero que corresponde a la diligencia determinar las cualidades de la prestación respecto de extremos no convenidos (por ejemplo, si los vigilantes deben llevar un registro de entrada del edificio, etc.).

#### 4. Conclusiones

A pesar de la controversia que suscita la dicotomía de las obligaciones de medios/obligaciones de resultado, considero que la clasificación es válida para determinar la extensión de las prestaciones de hacer —propias de los servicios—, en defecto de pacto. En concreto, si la finalidad contractual (el propósito práctico) queda garantizada o no. Por consiguiente, encuentro acertado su reconocimiento en la PCM, aun cuando la redacción y el encuadre metodológico de la norma general —el art. 415-2 PCM— sean mejorables.

Sin embargo, creo que la PCM peca, en esta materia, de poco ambiciosa, afectando la utilidad de la clasificación. Ello, porque pretende solucionar la incertidumbre respecto del tipo de obligación convenida exclusivamente mediante criterios de interpretación del contrato cuando, con carácter general, se muestran insuficientes para resolver la controversia. En mi opinión, hubiera sido preferible introducir una norma dispositiva que, teniendo en cuenta la aleatoriedad del resultado, estableciera la vinculación del deudor o ausencia de ella, respecto de la finalidad contractual.

La defectuosa regulación general del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado contrasta con una cuidada aplicación particular al contrato de obra por empresa (arquetipo de fuente de una obligación de resultado) que, adoptando el principio de conformidad, asume la

<sup>113</sup> Establece el art. 411-1 PCM: “Carácter dispositivo de las normas. Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”.

jurisprudencia imperante en la materia así como los proyectos europeos de unificación del Derecho de contratos. Por contraste, vuelve a deslucirse la PCM respecto del contrato de prestación de servicios mercantiles —origen de obligaciones de medios— ya que no aporta una solución clara para los potenciales conflictos que pueden suscitarse entre la diligencia como *lex contractus* y el contenido contractual pactado.

5. *Tabla de jurisprudencia citada*

*Tribunal Supremo*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Referencia</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
1 <sup>a</sup> , 1.4.1977	RJ 1977\1510	<i>Manuel Taboada Roca</i>
1 <sup>a</sup> , 26.11.1984	RJ 1984\5659	<i>Rafael Pérez Gimeno</i>
1 <sup>a</sup> , 30.5.1987	RJ 1987\3852	<i>Ramón López Vilas</i>
1 <sup>a</sup> , 13.7.1987	RJ 1987\5488	<i>Jaime Santos Briz</i>
1 <sup>a</sup> , 26.3.1988	RJ 1988\2478	<i>Cecilio Serena Velloso</i>
1 <sup>a</sup> , 25.5.1988	RJ 1988\10362	<i>Mariano Martín-Granizo Fernández</i>
1 <sup>a</sup> , 7.11.1989	RJ 1989\7857	<i>Luis Martínez-Calcerrada y Gómez</i>
1 <sup>a</sup> , 12.2.1990	RJ 1990\677	<i>José Luis Albácar López</i>
1 <sup>a</sup> , 24.5.1990	RJ 1990\3836	<i>Jesús Marina Martínez-Pardo</i>
1 <sup>a</sup> , 17.7.1990	RJ 1990\5890	<i>Gumersindo Burgos Pérez de Andrade</i>
1 <sup>a</sup> , 26.3.1991	RJ 1991\2447	<i>Jaime Santos Briz</i>
1 <sup>a</sup> , 7.3.1994	RJ 1994\2198	<i>Jaime Santos Briz</i>
1 <sup>a</sup> , 29.3.1994	RJ 1994\2531	<i>Pedro González Poveda</i>
1 <sup>a</sup> , 25.4.1994	RJ 1994\3073	<i>José Luis Albácar López</i>
1 <sup>a</sup> , 27.6.1994	RJ 1994\6505	<i>Pedro González Poveda</i>
1 <sup>a</sup> , 13.10.1994	RJ 1994\7547	<i>Alfonso Villagómez Rodil</i>
1 <sup>a</sup> , 2.12.1994	RJ 1994\9394	<i>Pedro González Poveda</i>
1 <sup>a</sup> , 23.1.1995	RJ 1995\347	<i>Teófilo Ortega Torres</i>
1 <sup>a</sup> , 27.4.1995	RJ 1995\3259	<i>Alfonso Villagómez Rodil</i>
1 <sup>a</sup> , 6.2.1997	RJ 1997\681	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
1 <sup>a</sup> , 29.5.1997	RJ 1997\4117	<i>Xavier O'Callaghan Muñoz</i>
1 <sup>a</sup> , 28.6.1997	RJ 1997\5151	<i>Francisco Morales Morales</i>
1 <sup>a</sup> , 30.4.1998	RJ 1998\3460	<i>Alfonso Villagómez Rodil</i>
1 <sup>a</sup> , 19.10.1998	RJ 1998\7440	<i>Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa</i>
1 <sup>a</sup> , 10.11.1999	RJ 1999\8057	<i>Román García Varela</i>
1 <sup>a</sup> , 5.4.2001	RJ 2001\3192	<i>Jesús Corbal Fernández</i>
1 <sup>a</sup> , 23.5.2001	RJ 2001\3372	<i>Luis Martínez-Calcerrada y Gómez</i>
1 <sup>a</sup> , 30.12.2002	RJ 2003\333	<i>Luis Martínez-Calcerrada y Gómez</i>
1 <sup>a</sup> , 12.12.2003	RJ 2003\9285	<i>Luis Martínez-Calcerrada y Gómez</i>
1 <sup>a</sup> , 5.11.2004	RJ 2004\6657	<i>Román García Varela</i>
1 <sup>a</sup> , 19.1.2005	RJ 2005\1000	<i>Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares</i>
1 <sup>a</sup> , 9.5.2005	RJ 2005\4682	<i>José Ramón Ferrández Gabriel</i>
1 <sup>a</sup> , 24.1.2007	RJ 2007\977	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
1 <sup>a</sup> , 7.3.2007	RJ 2007\1531	<i>Román García Varela</i>
1 <sup>a</sup> , 29.6.2007	RJ 2007\3871	<i>José Antonio Seijas Quintana</i>
1 <sup>a</sup> , 16.4.2008	RJ 2008\4357	<i>Juan Antonio Xiol Ríos</i>
1 <sup>a</sup> , 27.4.2009	RJ 2009\2899	<i>Román García Varela</i>
1 <sup>a</sup> , 3.3.2010	RJ 2010\3778	<i>José Antonio Seijas Quintana</i>

## 6. *Bibliografía*

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2013), "Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación", *Diario La Ley*, 17 de octubre, pp. 1-16.

Ferrán BADOSA COLL (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

---(1991), "Comentario al art. 1104", en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 40-42.

Paloma de BARRÓN ARNICHES (2008), "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *InDret 3/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

---(2009), "Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR", en Esteve BOSCH CAPDEVILLA (Dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, pp. 475-490.

---(2012), "Comentario al art. IV. C. 2:106 DCFR", en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILLA y M<sup>a</sup> Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Derecho contractual europeo. Libros II y IV del MCR*, T. II, Atelier, Barcelona, pp. 1179-1187.

Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2013a), "Jornada sobre el Código de Comercio", *Cátedra Pérez-Llorca/IE de Derecho Mercantil*, IE Universidad, Segovia.

---(2013b), "La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289, pp. 35-42.

Michael BRIDGE (2001), "The UK Sale of Goods Act, the CISG and the Unidroit Principles", en Petar ŠARČEVIĆ & Paul VOLKEN (Eds.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer, La Haya, pp. 115-155.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1993), *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona.  
---(1997), "Comentario a la sentencia de 17 de septiembre de 1996", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, pp. 156-165.

---(2000), "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 405-510.

Jean CARBONNIER (1994), *Droit civil*, IV, Presses Universitaires de France, París.

Ángel CARRASCO PERERA (1989), "Comentario al art. 1104", en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 585-630.

Federico de CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

Giovanni CATTANEO (1958), *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milán.

María Carmen CRESPO MORA (2013), "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret 2/2013* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ y Manuel María ZORRILLA RUIZ (1985), "La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 185-211.

René DEMOGUE (1925), *Traité des obligations en général*, tomo V, Librairie Arthur Rousseau, París.

---(1931), *Traité des obligations en général*, T. VI, Librairie Arthur Rousseau, París.

Luis DÍEZ-PICAZO (2000), "Ley de Edificación y Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, núm. 1, pp. 5-21.

---(2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción. Teoría del contrato), Thomson Civitas, Cizur Menor.

---(2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Thomson Civitas, Cizur Menor.

---(2010), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Thomson Reuters Civitas, Madrid.

Paul ESMEIN (1933), "Le fondament de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, pp. 627-692.

---(1952), "Obligations", en Marcel PLANOL & Georges RIPERT, *Traité Pratique du Droit civil français*, T. VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

Jesús ESTRUCH ESTRUCH (2011), *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.

Nieves FENOY PICÓN (1996), *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

---(2006), *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

---(2010), "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm. 1, pp. 47-136.

Joseph FROSSARD (1965), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París.

Florencio GARCÍA GOYENA (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid.

María Paz GARCÍA RUBIO (2014), "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, pp. 7-27 ([www.nreg.es](http://www.nreg.es)).

Jacques GHESTIN (2000), "Le contrat en tant qu'échange économique", *Revue d'Économie Industrielle*, núm. 92, pp. 81-100.

Fernando GÓMEZ POMAR, "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret 3/2007* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

José María GONDRA (2013), "La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, pp. 27-51.

Antonio HERNÁNDEZ GIL (1960), *Derecho de Obligaciones*, T. I, Maribel, Madrid.

Margarita JIMÉNEZ HORWITZ (2012), "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 551-584.

Francisco JORDANO FRAGA (1991), "Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 1, pp. 5-96.

José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.* (2002), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Dykinson, Madrid.

---(2003), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1, Dykinson, Madrid.

---(2011), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1, Dykinson, Madrid.

Miguel LOBATO GÓMEZ (1992), "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 2, pp. 651-734.

Philippe MALAURIE & Laurent AYNÈS (1995), *Cours de Droit civil*, T. VI, Cujas, París.

Juana MARCO MOLINA (2003), "La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Thomson Civitas, Madrid, pp. 2423-2442.

M. G. MARTON (1935), "Obligations de résultat et obligations de moyens", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, pp. 499-543.

Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD & André TUNC (1961), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, T. I-1, trad. de la 5<sup>a</sup> edición por Luis ALCALÁ-ZAMORA, EJEA, Buenos Aires.

Luigi MENGONI (1954), "Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi», I", *Rivista Diritto Commerciale*, pp. 185-209.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1980), "El alcance protector de las acciones edilicias", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, núm. 3, pp. 585-686.

---(1988), *El error en los contratos*, Ceura, Madrid.

---(1998), "Comentario al art. 35", en Luis DÍEZ-PICAZO (Director y Coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 286-312.

---(2006a), "Evolución del concepto de obligación en Derecho español", en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 17-54.

---(2006b), "Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa" en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 93-144.

---(2006c), "El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de las cosa en los negocios de tráfico)", en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 323-348.

---(2009), "Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros", en Enrique BARROS BOURIE, María Paz GARCÍA RUBIO y Antonio

Manuel MORALES MORENO, *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 193-221.

---(2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante (Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

Roger NERSON (1965), "Préface" en Joseph FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, pp. V-VII.

Andrea NICOLUSSI (2006), "Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Europa e Diritto Privato*, pp. 797-823.

Manuel OLIVENCIA (2013), "El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, pp. 11-25.

Juan Francisco ORTEGA DÍAZ (2008), "Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 221-270.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1719-1745.

---(2011), "Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 897-929.

Fabrizio PIRAINO (2008), "Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile", *Europa e Diritto Privato*, pp. 83-154.

André PLANQUEEL (1972), "Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la prevue en cas d'inexécution)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, pp. 334-340.

Marcel PLANIOL, Georges RIPERT & Paul ESMEIN (1952), "Traité Pratique de Droit Civil Français", tomo VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, París.

Pablo SALVADOR CODERCH (1991), "Comentario al art. 1591", en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1189-1196.

Verónica SAN JULIÁN PUIG (1996), *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona.

Rodrigo TENA (2013), "Un código nuevo en odres viejos", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, pp. 69-82.

Guenter H. TREITEL (2003), *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, Londres.

Guenter H. TREITEL & Edwin PEEL (2011), *The Law of Contract*, 13<sup>a</sup> Ed., Sweet & Maxwell, Londres.

Antoni VAQUER ALOY (2011), "El principio de conformidad: ¿supraconcepto del Derecho de obligaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 1, pp. 5- 40.

---(2012a), "Contrato de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, pp. 421-456.

---(2012b), "La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo", en Paloma de BARRÓN ARNICHES (Directora), *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, pp. 1-26.

José Ramón de VERDA Y BEAMONTE (2007), "La no conformidad en la Convención de Viena", en José Alberto GAITÁN MARTÍNEZ *et al.*, *La terminación del contrato*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, pp. 317-354.

Francisco VICENT CHULIÁ (1990), *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. II, Bosch, Barcelona.

Christian VON BAR & Eric CLIVE (Editores) (2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. II, Oxford University Press, Oxford.

Alex WEILL & François TERRÉ (1986), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, París.

Christiane WENDEHORST (2012), "Art. 5", en Reiner SCHULZE (Ed.), *Common European Sales Law - Commentary-*, C. H. Beck, Munich, pp. 40-49.

Franz WERRO (1989), "La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle", *Revue de Droit Suisse*, pp. 253-299.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (1989), *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid.

Reinhard ZIMMERMANN (2010), *Service contracts*, Mohr Siebeck, Tubinga.

Fryderyk ZOLL & Jonathon WATSON (2012), "Art. 148", en Reiner SCHULZE (Ed.), *Common European Sales Law -Commentary-*, C. H. Beck, Munich, pp. 618-620.

Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ (1998), *An introduction to comparative Law*, Clarendon Press, Oxford.