

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO JURIDICO

§ 10. Fundamento de la responsabilidad. Teorías propuestas	49
§ 11. Teoría del resultado	50
§ 12. Teoría de la obligación de diligencia	51
§ 13. Teoría de la obligación genérica de Wertheimer	52
§ 14. Teoría de la garantía tácita	53
§ 15. Teoría de la representación	54
§ 16. Teoría del órgano	56
§ 17. Teoría del instrumento	57
§ 18. Teoría del obrar a riesgo propio	58
§ 19. Teoría de la causalidad	59
§ 20. Teoría de la fuerza mayor	60
§ 21. Teoría de la presunción de culpa	61
§ 22. Teoría de la estructura del vínculo obligatorio.	63

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO JURIDICO

§ 10. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD. TEORÍAS PROPUESTAS

¿Por qué el deudor es responsable del incumplimiento o mal cumplimiento de la prestación a su cargo por el hecho de las personas de las que se sirve para satisfacer la obligación?

¿Cómo se justifica en doctrina tal responsabilidad?

Múltiples son las respuestas elaboradas por los autores que se han dedicado a exponer las reglas que gobiernan este instituto, por lo que resulta difícil agruparlas en diversos sistemas. Si se tiene en cuenta los distintos criterios sobre los que se quiere hacer reposar tal justificación, podemos señalar —entre otras— las siguientes teorías ¹.

¹ Hacen notar Mazeaud y Tunc, y con razón, que se está siempre en presencia de las dos tesis adversas, cualquiera que fueren sus argumentos: la teoría clásica de la culpa y la teoría del riesgo. Ver su *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la 5ª ed., Buenos Aires, 1962, (I-II), nos 991 y ss., p. 699 y siguientes.

§ 11. TEORÍA DEL RESULTADO

Siguiendo el método de exposición de Ferrara ², comenzaremos por esta teoría que, fundándose en la naturaleza de la obligación, y en especial partiendo de la *locatio-conductio operis*, hace notar que el "conductor" promete un resultado determinado, independiente de los medios o actividad de las personas con ayuda de las cuales cumplirá la prestación debida, los que permanecen extraños al vínculo obligatorio y no interesan al acreedor, quien espera al vencimiento del plazo contractual recibir la obra perfecta y puntualmente. Si no, tiene derecho de accionar contra el incumpliente, para exigir la prestación prometida, el resultado esperado o el resarcimiento por los daños y perjuicios que su inejecución le causare.

Entre las principales críticas que recibió esta teoría, merecen destacarse las siguientes:

a) Que resulte insuficiente frente a la distinción entre obligaciones de medio (o diligencia) y de resultado. El objeto, pues, no siempre será un resultado, pudiendo simplemente consistir en la prestación de diligencia (caso del médico que atiende a su paciente enfermo y no promete curarlo). En tales casos, el deudor no debería responder por el hecho de sus auxiliares, y sin embargo, su responsabilidad se compromete por igual sea cual fuere la naturaleza de la obligación asumida (de medio o de resultado) ³.

² Ferrara, Francesco, ob. y lug. cit., ps. 456 y siguientes.

³ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1931, t. V, n° 580. No obstante, en las obligaciones de medio, se produce una "inversión de la prueba, por cuanto en ellas el acreedor debe probar la culpa (falta de diligencia) de su deudor.

b) Si es verdad que el deudor promete un resultado, no sólo debe cargar con la responsabilidad por el hecho de sus auxiliares, sino, que —con igual razón— debería soportar las consecuencias del caso fortuito que hace imposible la prestación. La común intención de las partes, de que el acreedor obtenga el resultado que espera, no puede derogar el principio incontestable en derecho: “nadie está obligado a lo imposible”.

En virtud de estas críticas, la tendencia que analizamos ha sido abandonada de modo casi general en la doctrina ⁴.

§ 12. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA

Como una variante de la teoría del resultado y bajo una nueva forma, aparecen sus principios reencarnados en la obra de Enneccerus, quien sostiene que la *locatio operis* no tiene por objeto un resultado final objetivamente considerado, sino que constituye su objeto “una prestación abstracta” personalmente indeterminada. “El deudor —en el pensamiento de Enneccerus— ha prometido la prestación *in abstracto*, puede por tanto emplear un auxiliar, pero entonces, de igual modo responderá de la culpa de aquel a quien ha encargado el cumplimiento de la prestación. Quien debe una propia prestación, debe una prestación propia diligente. Quien debe una prestación ajena, debe una prestación ajena diligente. En consecuencia, quien debe una prestación, que puede ob-

⁴ Ferrara, Francesco, ob. y lug. cit., ps. 457 y 458.

tenerse por una persona indeterminada y a elección del deudor, responde de la diligencia de aquel a quien ha elegido" ⁵.

El fundamento de esta responsabilidad resulta, en síntesis, de las siguientes consideraciones: la "obligación de diligencia" no es un deber especial de conducta personal diligente, paralelo al deber de realizar la prestación, sino más bien una cualificación del propio deber de prestación ⁶.

§ 13. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN GENÉRICA DE WERTHEIMER

Como un desprendimiento de la teoría de la obligación de diligencia que acabamos de reseñar, aparece la doctrina de Wertheimer ⁷. Este autor parte de la existencia de contratos donde el acreedor no tiene especial interés en la ejecución personal de su deudor, y para cuyo cumplimiento éste debe servirse de una fuerza de trabajo, la cual queda —no obstante— genéricamente determinada en su aptitud y cualidades técnicas necesarias para la ejecución de la prestación debida. Es, en una palabra, una obligación de "género limitado".

Como todo deudor de una obligación de género, debe satisfacerla de calidad media, por tanto el deu-

⁵ Ennecerus, *Verhandlungen*, II, p. 104, citado por Ferrara, ob. y lug. citados.

⁶ Ennecerus-Lehmann, *Tratado de Derecho civil*. Obligaciones, t. II. 1.º. n.º 44, p. 233, traducción de la 35ª ed. alemana, Barcelona, 1954.

⁷ Wertheimer, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen*, p. 28. Frankfurt, 1900. Mencionado por Ferrara, ob. y lug. cit., p. 460.

dor de la "fuerza de trabajo" genéricamente determinada está obligado a suministrarla en igual calidad. Si la prestación no se cumple, o se ejecuta de una forma defectuosa, el deudor deberá responder del daño, siendo indiferente que él personalmente no haya incurrido en culpa, toda vez que el deudor de una obligación de género, responde, independientemente de toda culpa, de la calidad media de la cosa prometida.

§ 14. TEORÍA DE LA GARANTÍA TÁCITA

Sostenida por Puchta, Scialoja y Coviello, quienes creen encontrar una solución al problema, entendiendo que el deudor que emplea en sus servicios la actividad de auxiliares, se constituye tácitamente frente al acreedor en garantía de su conducta. Quien asume en nombre propio —dice Scialoja— el cumplimiento de una prestación que no puede efectuarla sino con la ayuda de terceros, cubre con su propia responsabilidad la responsabilidad de aquel que, llamado a intervenir en la empresa, no se encuentra en relación directa con el acreedor⁸.

⁸ López Olaciregui, José María, en su informe del despacho de la primera minoría en las *Primeras jornadas de Derecho civil*, Santa Fe, 1963, ps. 183 y ss. expresa: "La idea de que de los actos del auxiliar se responde siempre por culpa y exclusivamente por culpa resulta forzosa y en algunos casos realmente artificiosa. Se hace necesario encontrar una explicación más fluida y natural, y la idea de garantía aparece en ese terreno como la más idónea para brindarla..." "La idea de garantía está, pues, en la entraña de las convenciones en que se promete prestación de terceros porque el hecho del tercero no puede ser prometido sino sólo garantizado (arg. art. 1163)". Y más adelante, agrega: "La idea de garantía nos parece preferible como instrumento mental que sirve para

También en los “Motivos del Código Civil alemán” se ha recurrido a esta doctrina para explicar el art. 278 de ese Código. El que recurre a auxiliares —se expresa— asume tácitamente la garantía de sus actos dañosos. “Si el deudor ha prometido una prestación, el comercio de hoy ve en esa promesa la asunción de una garantía por la conducta regular de los colaboradores de que se sirve para el cumplimiento de la obligación”⁹.

§ 15. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

Sostenida inicialmente por Burchardi, Dreyer y Chironi¹⁰; luego proseguida por un buen número de juristas franceses, entre ellos, los hermanos Mazeaud¹¹ y Capitant¹².

Según esta teoría, el fundamento de la responsabilidad del deudor debe buscarse en la “confusión jurídica de su personalidad con la de sus represen-

fundar la responsabilidad por los hechos ajenos, porque —por definición— la de culpa se refiere al propio actuar, y además esa noción de garantía funciona también mejor cuando se piensa en la forma de eximir responsabilidades indirectas”.

⁹ *Motivos*, II, 30, cit. por Ferrara, ob. y lug. cit., p. 462, n. 2, donde recuerda a Unger que critica esta solución. Considera que esta ficticia asunción de garantía, puede ser impuesta por el legislador, para satisfacer necesidades de la vida económica, en forma directa y sin necesidad de recurrir estrictamente a la teoría de la asunción de la garantía tácita.

¹⁰ Chironi, G. P., *Culpa contractual*, n.º 201 ter.; confrontar Ferrara, Francesco, ob. y lug. cit., ps. 465 y siguientes.

¹¹ Mazeaud, Henri et Leon, ob. cit. en n. 13, cap. II, t. I, n.º 992.

¹² Capitant, Henri, *Les effets des obligations*, en Rev. Trimestrielle de Droit Civil, año 1932, p. 726.

tantes”¹³. Obra por sí mismo —señala Chironi— quien, en la ejecución de un contrato, se vale de la obra de otro. El auxiliar —en el pensamiento de Dreyer— se convierte en un *alter ego* del empresario, y por tanto este último debe absorber la responsabilidad por los actos de aquél.

Con respecto al acreedor, cuando el representante obra, es lo mismo como si obrara el propio representado. En consecuencia, cuando el auxiliar del deudor que está encargado de cumplir la obligación de este último, no lo haga, es exactamente como si el deudor mismo faltara a su obligación: la culpa contractual del representante se convierte en culpa contractual del representado¹⁴.

La principal crítica a esta teoría se basa en que el sistema propuesto no consulta la naturaleza jurídica específica del instituto de la representación sobre el que descansa.

No es posible admitir la representación jurídica en la ejecución de trabajos materiales. La representación —agrega Ferrara— es la sustitución de la personalidad de un individuo por la personalidad de otro, en la realización de actos de voluntad, de actos y negocios jurídicos, pero jamás en la realización de trabajos materiales. “La representación extiende, completa, multiplica la actividad jurídica, pero nunca la actividad mecánica”.

Advirtiendo esta incongruencia, los mismos propugnadores del sistema recurren al empleo de una terminología especial. El propio Chironi nos habla

¹³ Mazeaud, Henri et Leon, ob. y lug. cits. en n. 11.

¹⁴ Aut., ob. y lug. cits. en n. precedente.

de una "representación *in genere*", "impropia" que se da cuando el deudor, en su propio interés, se hace reemplazar por otro en el cumplimiento de la prestación debida o en el goce de un derecho del cual derivan obligaciones determinadas. En tales supuestos existe una representación *in genere* o "impropia", por cuanto no existe una "verdadera relación de representación" o vínculo jurídico entre el representante y el representado que nace de un acuerdo expreso entre ambas voluntades ("representación propia" o "específica")¹⁵.

En suma, cuando el deudor se vale de terceras personas en el cumplimiento de su obligación, y no se sirve de la voluntad de éstas como medio de obtener los efectos que obtendría en caso de haber obrado él mismo, sino que utiliza sus fuerzas físicas o intelectuales para cumplir la prestación, no se da la figura de la representación, porque "para que a una relación jurídica le valga este nombre, es necesario que se realice en el dominio de la voluntad"¹⁶.

§ 16. TEORÍA DEL ÓRGANO

Otros autores, observando que la representación en sentido jurídico no podía servir de base para ex-

¹⁵ Aut. ob. y lug. cits. en n. 10.

¹⁶ Saleilles, Raymundo, notas al Código Civil alemán, art. 164, recordado por Acuña Anzorena, en ob. y lug. cits., p. 59, n. 38, cap. II. Ferrara, Francesco, "la idea central de la representación reside en la voluntad de una persona que se sustituye a otra, pero en la ejecución material la voluntad falta, es una fuerza que sustituye a otra o coopera oscuramente en la producción de un trabajo: allá estamos en el dominio del derecho, aquí en el de la materia". Ob. y lug. cits., p. 466.

plicar el fundamento de esta responsabilidad, sin abandonar el campo de la metáfora, recurrieron a la teoría del órgano.

Defendida por Abicht¹⁷ en Alemania y por Demogue¹⁸ en Francia, esta posición sostiene que la actividad de los auxiliares constituye un *allargamento* de la capacidad del deudor, que lo posibilita para asumir un *opus* que con su propia fuerza y habilidad no podría cumplir, por lo que debe "identificarse", con la actividad del principal.

Identificándose ambas actividades, resulta lógico también identificar sus culpas. Los actos de los auxiliares, que obran como verdaderos órganos del principal, deben jurídicamente considerarse como acciones del *dominus*, que comprometen su responsabilidad¹⁹.

§ 17. TEORÍA DEL INSTRUMENTO

Como una derivación de la anterior teoría, se llega por vía de exageración y a través de Meyer²⁰, su propulsor, a considerar a los auxiliares como instrumentos o útiles de los cuales se sirve el deudor para cumplir la prestación comprometida. Así como se responde del daño causado por las cosas de que nos servimos, de igual modo el deudor deberá responder

¹⁷ *Haftung des Unternehmers für Handl. Seiner Gewerhegehilfen*, Götting, 1891, p. 46, cit. por Ferrara, p. 467.

¹⁸ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, t. VI, n° 580.

¹⁹ Ferrara, Francesco, ob. y lug. cits., ps. 467 y siguientes.

²⁰ Meyer, *Verhandlungen*, I, p. 125, cit. por Ferrara, ob. y lug. cits., p. 468.

de las personas que emplea, que pasan a ser un verdadero instrumento entre sus manos²¹.

Repugna a la conciencia jurídica la equiparación que se propone en esta teoría. Los auxiliares, sujetos de voluntad, no pueden equipararse a un instrumento mecánico, a un objeto inanimado. Se trata de una inconsulta figura retórica y no de una verdad jurídica.

§ 18. TEORÍA DEL OBRAR A RIESGO PROPIO

Originada en Alemania, según referencias de Ferrara, quien señala a Unger²² como su primer expositor, y desarrollada posteriormente por los economistas Mataja²³ y Steinbach²⁴, Loening²⁵ y Polacco²⁶ contribuyeron después al perfeccionamiento de esta teoría²⁷.

La justificación del principio de la responsabilidad por el hecho de los auxiliares es explicada por Unger con la aplicación de la máxima *eigenes Interesse, eigene Gefahr*, que equivale a decir: quien obra en su propio interés, obra en su propio riesgo. En

²¹ Ferrara, Francesco, ob. y loc. cit., p. 468; esta teoría representa la forma más brutal a la que puede reducirse la relación laboral en la organización económica moderna.

²² Unger, *Handeln auf eigene Gefahr* (Jhering's Jahrbücher, XXX, ps. 364 y 384 y ss.), cit. por Ferrara, p. 469.

²³ Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes*, ps. 38 y ss., cit. por Ferrara, p. 472.

²⁴ Steinbach, *Die Grundsätze des heut. Rechts über dem Ersatz v. Bermögenschädn.*, cit. por Ferrara, p. 472.

²⁵ Loening, *Haftung des Staates*, ps. 19, 90, cit. por Ferrara, p. 472.

²⁶ Polacco, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano*, p. 211.

²⁷ Ferrara, Francesco, ob. y lug. citados.

efecto, si el deudor para cumplir la prestación recurre a la colaboración de auxiliares, lo hace en su beneficio, y en consecuencia estará obligado a soportar los efectos de su actividad culposa: el deudor que emplea a terceros en su propio interés, los emplea a su propio riesgo, tal como reza la antigua sentencia: *cujus comoda, ejus incommoda*²⁸.

La teoría del riesgo, con su gran influencia en la doctrina, en la jurisprudencia, y en la legislación, ha merecido importantes críticas formuladas en su contra. No siendo éste el lugar adecuado para reproducirlas, nos limitaremos a recordar con Ripert que pretender fundar la responsabilidad únicamente en el hecho material, con el solo fin de reglar las relaciones patrimoniales entre los individuos, prescindiendo del elemento moral que es sostén de la responsabilidad civil, hace que la teoría del riesgo se torne inadmisibile²⁹.

§ 19. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD

Esta teoría, que tiene su origen en el campo filosófico, fue receptada primero por los penalistas y luego por la doctrina civilística como justificación de todos los casos de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad no se basa sobre el principio de la imputabilidad, sino sobre el principio de la causalidad. Todo el que culposamente ocasiona un daño debe resarcirlo: el resarcimiento no es una pena apli-

²⁸ Becquè, Emile, ob. y lug. cit., p. 277.

²⁹ Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, n° 116, p. 210.

cable al culpable, sino una obligación impuesta al patrimonio de reparar el daño inferido a otro. Para que esta reparación sea debida, basta un simple nexo causal entre el hecho del sujeto y el evento dañoso. Por tanto, también el empresario que con el empleo de sus auxiliares ha dado ocasión al daño de estos últimos, debe ser responsable³⁰.

La doctrina posterior, en una labor enorme —señala Orgaz³¹— no ha contribuido ciertamente a aclarar el problema, sino, al contrario, a oscurecerlo, al punto tal de que quien la sigue en su completo desarrollo se expone a no sobrenadar en ese proceloso mar de cavilosasidades.

§ 20. TEORÍA DE LA FUERZA MAYOR

Ferrara, en su tantas veces mencionado trabajo, en Italia, y paralelamente Becquè, años después, en Francia, buscaron el fundamento de la responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares dentro de los principios generales de liberación del deudor.

Partiendo del concepto mismo de caso fortuito o fuerza mayor, ambos autores, sostienen que si el deudor incumple su obligación por el hecho de sus auxiliares, tal circunstancia no es motivo de exoneración, porque en el concepto de la ley, el hecho de

³⁰ Ferrara, Francesco, ob. y lug. cit., p. 473.

³¹ Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Buenos Aires, 1960, 2ª ed., n° 13, p. 56. Confrontar, Enneccerus-Nipperdey, *Derecho de obligaciones*, t. I, § 11. Aguiar, Henoch D., ob. cit., t. IV, ps. 326 y ss. Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, n°s. 56 y ss. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, § 24.

los auxiliares no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor ³².

Para que no haya responsabilidad —expresa Ferrara— el incumplimiento debe derivar de un acontecimiento que no sólo no le sea imputable al deudor, sino, también, que le sea extrínseco. Todos aquellos hechos, que si bien no son culposos, carecen no obstante de esta circunstancia objetiva de exterioridad, no constituyen, en sentido jurídico, casos fortuitos y no lo liberan de responsabilidad. “Los auxiliares — agrega el jurista italiano— no son extraños al deudor, él los ha llamado voluntariamente, él debe sufrir las consecuencias de este hecho inculpable. Para la liberación del deudor es necesario un hecho exterior a su campo de actividad: la obra de los auxiliares que se mueven dentro de su ambiente económico, no puede considerarse como caso fortuito” ³³.

§ 21. TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE CULPA

Difundida entre los expositores de los códigos civiles europeos del siglo pasado, entre otros, Baudry-Lancantinerie y Wahl, comentando el art. 1953 del Código francés, y Giorgi, en Italia.

³² Ferrara, Francesco, ob. cit., p. 490. Becquè, Emile, ob. cit., p. 284.

³³ En términos análogos se pronuncia Becquè, “si ha confiado a terceros la ejecución de su prestación, y por el hecho de éstos la obligación no se cumple, no se da el caso fortuito en el sentido de la ley, porque la inejecución, no reconoce una “causa extraña”, al deudor: sin el llamado a los auxiliares, la inejecución no se habría producido; es este hecho inicial, personal del deudor, su causa ocasional, y si no le es imputable, no constituye a su respecto un acontecimiento de origen externo: le falta uno de los elementos del caso fortuito”, ob. cit., p. 286.

Conforme estos autores, si el deudor no cumple la prestación debida por el hecho de sus auxiliares, es responsable de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, porque se lo presume en culpa: la de no haber elegido o vigilado convenientemente a sus dependientes.

El deudor —refiere Giorgi— responde de la conducta de los terceros de que se vale para cumplir la obligación, si se le puede achacar *culpa in eligiendo* o *culpa in vigilando*, o cuando se haya valido del concurso de terceros en una prestación que, por la índole del contrato o por voluntad expresa de las partes, debía cumplir personalmente, ya que en todos esos casos concurre la culpa personal del deudor mismo ³⁴.

La principal crítica que se ha dirigido contra este sistema radica en que si la causa de la responsabilidad del deudor descansa en la negligente elección o vigilancia de sus auxiliares, no es ya del hecho de éstos de lo que él responde, sino de su propio hecho, y, por tanto, la teoría resulta insuficiente para explicar la responsabilidad contractual indirecta por cuanto la cuestión se traslada al terreno de la "responsabilidad directa" por culpa personal, situaciones que se excluyen entre sí ³⁵.

La teoría clásica de la culpa resulta, por tanto,

³⁴ Giorgi, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, t. II, n° 143 bis, ps. 203 y ss. Allí destaca el autor que en el Derecho romano, los pocos pasajes relativos al arrendamiento de casas o de obras, el comodato, permiten afirmar que el deudor era responsable del hecho de sus dependientes o comisionistas, cuando él mismo era culpable de mala elección o vigilancia: "si negligens in eligendis ministeriis fuit... non tan idoneum elegerit: si cua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit". L. 27, § 9, D. ad. leg. Aquiliam (IX, 2).

³⁵ Becquè, Emile, ob. y lug. cit., p. 263.

impotente para explicar la responsabilidad contractual por otro ³⁶.

§ 22. TEORÍA DE LA ESTRUCTURA DEL VÍNCULO OBLIGATORIO

A modo de corolario del examen de las diferentes teorías propuestas para explicar la responsabilidad contractual por el hecho de otro, nos ocuparemos, en este lugar, del sistema construido en Italia por Giovine ³⁷, quien tiene el mérito indiscutible de haber encontrado el fundamento de aquella responsabilidad en la estructura misma del vínculo jurídico obligatorio.

Del análisis de sus elementos, particularmente, del elemento subjetivo pasivo, el profesor de la Universidad de Bari deduce dos fundamentales premisas, que, a su juicio, son suficientes para explicar la responsabilidad incondicionada del deudor por el hecho culposo de los sustitutos, auxiliares, copartícipes, etcétera, en quienes el obligado delega o de cualquier otro modo se vale de su actividad para el cumplimiento de la prestación debida, o bien asocia en el goce de la cosa recibida y que tiene el deber de conservar.

Esas premisas son denominadas por su autor con los nombres de: a) "irrelevancia jurídica de la sustitución" y b) "equivalencia de comportamientos". Veamos cada una de ellas:

³⁶ Mazeaud, Henri et Leon, ob. cit., n° 992, p. 699.

³⁷ Giovine, Achille, *Causa strana e responsabilità contrattuale per fatto altrui*, en Rivista del Diritto Commerciale, año 1929, parte 1°, ps. 404 a 407, n° 8.

a) Por la primera, se entiende que tal *irrelevanza della sostituzione* es con relación al acreedor, a quien, en algunos casos, no interesa que el cumplimiento de la prestación o goce de la cosa sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para tales fines. Esto surge —agrega— de la noción referente a la determinabilidad de los sujetos en la relación obligatoria: ésta se contrae entre un cierto acreedor y un cierto deudor, perfectamente determinados, o al menos determinables después de modo cierto, y la mutación o cambio de los sujetos originarios, permaneciendo inalterable el vínculo obligatorio inicial, no se produce sino a través de la institución de la sucesión, sea a título universal con la transmisión del activo y pasivo, sea a título particular en el crédito o en la deuda. Sin duda —continúa Giovine— la vida económica impone, a veces de modo ineluctable, la necesidad de que el deudor se sirva del trabajo de auxiliares y sustitutos, como la de asociar a otros en el uso o goce de ciertos bienes; y, con mayor razón en la actualidad, el ordenamiento jurídico no tiene motivo alguno para obstaculizar esta prolongación subjetiva de la relación obligatoria, si tenemos presente que la evolución cumplida en el concepto de “obligación”, es aquella que reconoce en el deudor simplemente la “persona a través de cuya prestación el acreedor desea obtener la utilidad que constituye el fin de su derecho de crédito”³⁸, por lo que su interés queda satisfecho con la mera ejecución de la prestación, con excepción de los casos en los que se le hubiere atribuido a ésta un carácter personal.

³⁸ Polacco, Vittorio, ob. cit., p. 68.

Pero, si la ley autoriza esta sustitución, ella no puede extenderse hasta el extremo de deformar o alterar la estructura originaria de la relación obligatoria, con respecto a los sujetos que la constituyeron, y con los derechos y obligaciones contraídos. Al deudor no le está permitido, por un acto unilateral de su voluntad, cambiar el elemento personal pasivo de la obligación. De ello resulta que el comportamiento del deudor, que alarga subjetivamente el vínculo, llamando a terceros a participar en él, aunque autorizado por el ordenamiento positivo, es un acto extraño para el acreedor, que no deja de ser tal, frente a su originario deudor, y que no puede ser constreñido, sin su voluntad, a reconocer una novación subjetiva y a dirigir su acción contra nuevos deudores.

b) Por "equivalencia de comportamientos", entiende el autor que tanto el del deudor originario, como el de los sustitutos, auxiliares o asociados, frente al acreedor, representan un mero *quid facti*, considerándose como el comportamiento del obligado originario, quien, por consecuencia no podrá invocar como causal de excusación o de liberación el hecho de aquéllos, si como hecho propio no fuese de por sí excusable.

Por tanto, el principio que hace responsable al deudor por su culpa, no pierde vigencia, por la mera circunstancia de que aduzca que el hecho culpable del sustituto es para él inimputable. De otra forma, tendríamos que el mejoramiento de la condición de deudor, que por su propia iniciativa ha prolongado subjetivamente la relación obligatoria, con la incorporación de terceros, importaría, paralelamente, un

empeoramiento en la situación del acreedor, ante quien el deudor opondría con eficacia liberatoria, el hecho de sus auxiliares, en circunstancias que su propio hecho no resultaría excusable.

Por la solidez de sus argumentos y por la armonía que guarda con los principios que rigen en materia de obligaciones la novación subjetiva por cambio del deudor, este sistema, creado por Giovine, ha merecido —justificadamente a nuestro juicio— el auspicio de nuestra doctrina ³⁹.

³⁹ Confrontar Acuña Anzorena, Arturo, ob. y lug. cit., n° 27, ps. 64 y 65. *Primeras jornadas de Derecho Civil*, ponencias de las doctoras Leonfanti y Pereyra, p. 153, dictamen del doctor Ramella, punto 3, inc. a), p. 163.