



Dr. Carlos Machado Schiaffino

ROSA DE ARIEL

Dr. Luis Carlos...

El autor de esta obra... se ha esforzado por... en la medida de lo posible...

Dr. Jorge...

El autor...

Dr. Fernando...

Dr. Roberto...

Dr. Ricardo...

Dr. María...

Dr. Jorge...

Dr. Luis...

Dr. María...

LOS DEBERES DEL PERITO

Dr. Carlos Machado Schiaffino

Profesor argentino
Jefe Registro Civil (Rosario)
Consejo Facultad de Derecho (Rosario)



- REV 156076
- DONACION
BIBLIOTECA, FACULTAD DE DERECHO
Universidad
de
Costa Rica
- Sumario:*
1. Planteo de la cuestión
 2. Análisis en particular. Doctrina. Derecho Comparado
 - 2.1. De asumir el cargo
 - 2.2. De posesionarse y prestar juramento
 - 2.3. De comparecer ante el Juez
 - 2.4. De practicar personalmente las operaciones
 - 2.5. De fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa
 - 2.6. De guardar el secreto profesional
 3. Nuestra Opinión

1. *Planteo de la cuestión*

Del mismo modo que en otras oportunidades hemos planteado la existencia de derechos concernientes a los peritos y la necesidad de su protección; creemos oportuno puntualizar también sobre los deberes que deben cumplimentar los expertos.⁽¹⁾

Tanto la defensa de sus derechos como la exigencia de sus deberes y responsabilidades apuntan a un mismo objetivo: "la eficacia probatoria del dictamen".

La importancia de la peritación es cada día mayor, cualquiera sea la naturaleza del proceso donde se practica, dada la frecuente complejidad técnica, artística, científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación por el Juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de esos expertos, que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y una mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte.

De modo que es necesario que las normativas jurídicas establezcan con claridad los deberes y los requisitos a que debe someterse el dictamen pericial, para que el mismo goce de la veracidad y fundamentación necesaria para lograr el objetivo perseguido, y el experto desarrolle la indispensable función de facilitarle al Juez la trascendente tarea de sentenciar adecuadamente.

"El espíritu del hombre es un rumiante. Como éste mira a lo lejos, mastica lentamente, coge un manojo aquí, una brizna allí, toma para sí todo el prado y también el horizonte".

2. *Análisis en particular. Doctrina. Derecho Comparado*

Los deberes más relevantes:

2.1. *De asumir el cargo*

En el proceso penal se considera generalmente como obligatorio el desempeño del cargo de perito, cuando la designación es hecha por el Juez,

(1) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "Derechos Patrimoniales del Perito: Honorarios", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, marzo 4 de 1987, pág. 13, núm. 5505.

aunque el designado no esté inscrito en lista especial, salvo impedimento legal o incapacidad. Así se consagra entre otros, en los Códigos de Procedimientos Penales de Colombia, Italia, España.⁽²⁾

Cuando rige el sistema de las listas previas de peritos —verbigracia Argentina—, de las cuales se escoge voluntariamente o se sortea para cada caso, la designación que el Juez hace tiene siempre el carácter de obligatoria, salvo las excusas por salud, ausencia u otra causa consagrada en la ley o en el reglamento, cualquiera sea la naturaleza del proceso; así lo consagra el Código de Procedimientos Civiles Italiano y el Estatuto Colombiano sobre auxiliares de la Justicia.

Igual es la situación cuando las partes escogen los peritos o a uno de éstos, pero de listas previas oficialmente elaboradas. Es decir, la aceptación de formar parte de una de tales listas, impone el deber legal de ejercer el cargo, siempre que resulte designado, salvo una excusa legal. Existe este deber también cuando se desempeña un cargo oficial que tiene como función emitir dictámenes para fines procesales.

En cambio, cuando las partes pueden escoger libremente al perito que la ley les autoriza designar, no existe ningún deber legal de aceptar el nombramiento, sino, como observan Florián y Mittermaier, existe un vínculo contractual para la prestación de un servicio —postura con la que disintimos—, mediante un estipendio u honorario. Por consiguiente, el perito designado puede rehusar el cargo, en cuyo caso hay que reemplazarlo.⁽³⁾

El deber de ser perito es diferente del de testimoniar. Este recae sobre toda persona que tenga *conocimientos de hechos* que interesen a un proceso y por tanto existe, en principio para todo el mundo, ya que cualquiera está en posibilidad de llegar a encontrarse en esa situación; aquél no recae sino sobre quienes voluntariamente han asumido el cargo oficial, o han aceptado su inclusión en listas especiales o la designación que les haya hecho una de las partes, y en el proceso penal en que no exista el sistema de listas previas, cuando se tiene la especial capacidad técnica, artística o científica necesaria para el desempeño del cargo, en ese caso determinado.

Al perito se le remunera su trabajo y al testigo no. Por estas razones es correcto el concepto de Florián, de que no existe un deber cívico de ser perito.⁽⁴⁾

2.2. *De posesionarse y prestar juramento* —si la ley no lo excusa por existir un juramento general previo—

La debida posesión del perito, impone o incluye el requisito del juramento, que exigen generalmente los Códigos de Procedimiento.

La omisión del juramento o la posesión y la violación de los requisitos que la ley exija para ésta, vician de nulidad el dictamen aunque no lo diga la ley, por tratarse de un requisito fundamental, que reviste al dictamen de seriedad y le da mayores garantías a las partes y al Juez.

Lessona opina que el juramento debe proceder a las operaciones generales de los peritos, es decir al examen de los hechos y a su estudio, sin que sea suficiente el prestarlo al momento de depositar o rendir el dictamen; sin embargo reconoce que en la Doctrina y Jurisprudencia prevalece la opinión contraria.⁽⁵⁾

La tesis contraria defendida por Ricci, Mattiolo y la jurisprudencia italiana, que el mismo Lessona cita, es indudablemente correcta, porque se satisface la exigencia legal de darle garantía al dictamen si al rendirlo o presentarlo se ha tomado posesión del cargo y prestado juramento.⁽⁶⁾

Framarino Dei Malatesta considera que el juramento es una cortapisa eficaz contra la posible intención de engañar, tal como ocurre en el testimonio de terceros, que da mayor seguridad acerca de la escrupulosa lealtad de las afirmaciones del perito.⁽⁷⁾

Italo Virotta considera que existe nulidad relativa cuando se omite, según el actual Código de Procedimientos Penales Italiano.

Santiago Sentís Melendo comparte la opinión prevalente en Italia, de que no es indispensable el juramento del perito, previo a la realización de las operaciones periciales, y que basta prestarlo en el momento de rendir el dictamen y aun posteriormente, salvo norma legal expresa; la omisión del juramento constituye vicio de nulidad, para el ilustre procesalista.⁽⁸⁾

Como observa Sentís Melendo, algunas legislaciones como la alemana, en opinión de Kisch, autorizan a las partes para que los peritos omitan el juramento, y en Francia la Jurisprudencia ha admitido esa posibilidad, a pesar de no existir texto que lo faculte.

(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando: "Compendio de Pruebas Judiciales, Edit. Temis, Bogotá, 1960, núm. 224.

(3) FLORIAN: "De las Pruebas Penales", Edit. Temis, Bogotá 1969, núm. 225.

(4) MITTERMAIER: "Tratado de la Prueba en materia criminal", Madrid 1877, pág. 177.

(5) LESSONA: "Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil", núm. 419.

(6) MANZINI: "Derecho Procesal Penal", Edit. Ejea, Buenos Aires 1952, t. III, núm. 329.

(7) FRAMARINO: "Lógica de las Pruebas", Edit. Temis, Bogotá 1964, t. II, pág. 316.

(8) SENTIS MELENDO: "El juramento de los peritos en Teoría y Práctica del Proceso", Edit. Ejea, Buenos Aires, 1959, t. III, págs. 303-314.

En opinión de Devis Echandía debe rechazarse esta Jurisprudencia, porque se trata de una formalidad de orden público e interés general y no de exclusivo interés para las partes.⁽⁹⁾

Muy importante es recordar que cuando el perito desempeña un cargo público cuya función consiste, precisamente, en emitir dictámenes ante los Jueces —como ocurre con los médicos y técnicos de laboratorios forenses— no hace falta, para que se cumpla este requisito, que preste juramento en cada caso, porque lo suple el juramento general que prestó al posesionarse del cargo oficial.

Esta es también la postura de Sentís Melendo, quien cita numerosa Jurisprudencia Argentina en el mismo sentido. En Francia la Jurisprudencia lo admitió antes de la reforma legal que lo autoriza, como lo explican E. Garsonnet y Cécil Bru.

La nueva ley francesa de 1944 simplificó la formalidad del juramento, aceptando que se preste por escrito, remitido al Tribunal, en un formulario que éste envía al perito previamente, al notificarle la designación. Esta ley autoriza a las partes para dispensar el juramento y contempla el juramento general previo para quienes desempeñan cargos públicos.

2.3. De comparecer ante el Juez

Esta formalidad puede llegar a suplirse por su aceptación por oficio, o comunicación enviada por correo, según el sistema legal vigente.

Para que el perito nombrado deba comparecer ante el Tribunal, es indispensable que se haga oficialmente la designación y que se lo llame. Esto se cumple por la vía de la notificación y citación. A tal fin se procederá en la misma forma que para el llamamiento de los testigos.

Corresponde, pues, hacerle llegar el nombramiento, comunicándosele al mismo tiempo que debe concurrir al Tribunal en un término dado para que acepte el cargo conforme a las formalidades legales, diligencia que se practicará en el domicilio real, o en su escritorio u oficina en la cual se desempeñe con motivo de su profesión o funciones.

Si el perito no comparece, puede proceder la compulsión. Esto significaría que el experto nombrado estaría sujeto a la autoridad del Tribunal desde que tomó conocimiento de la designación. Podrá invocar ciertamente, una causa impeditiva para desempeñar el cargo, la que se aceptará o rechazará; pero hasta tanto se rechace en firme, ese sometimiento subsistirá.

(9) DEVIS ECHANDIA, Hernando: "Teoría General de la Prueba Judicial", Edit. Zavallá, Buenos Aires 1972, t. II, pág. 258.

Si nos ponemos en el caso del científico-técnico remiso o que resiste desde su comienzo a la autoridad del Tribunal, con un criterio práctico podría concluirse que muestra desde ya un vicio en su conducta, al que aconsejaría prescindir de él y sustituirlo.⁽¹⁰⁾

Los peritos oficiales deberán ser notificados en su despacho e inmediatamente deberán ponerse en comunicación con el Juzgado a los fines de la aceptación del cargo, o para proporcionar las razones que se lo impiden.

2.4. De practicar personalmente las operaciones

Se trata de operaciones necesarias para su dictamen, bajo el control del Juez y en la forma como la ley procesal lo determine.

Para el mejor desempeño de su misión, el perito puede asesorarse de otros expertos, obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, hacer elaborar un plano o croquis explicativo de su dictamen y de acuerdo con sus indicaciones y bajo su dirección, a condición de que luego adopte y explique su personal conclusión, porque se tratará de estudiar y fundamentar su dictamen.

En cambio el técnico-científico no puede delegar a un tercero el examen de los hechos o de las pruebas —según el caso— sobre los cuales debe dictaminar, ni dejar exclusivamente a otra persona las operaciones técnicas que fundamentan la conclusión, ni limitarse a transcribir el concepto de otro, porque no existiría el desempeño personal del encargo, y por lo tanto, el dictamen quedará viciado de nulidad.

El Código Procesal Civil Colombiano permite utilizar auxiliares y el concurso de técnicos, bajo la dirección de los peritos, pero éstos deben exponer su concepto.

El Código Procesal Penal Francés exige el trabajo personal. El Código Procesal Penal Italiano considera causal de nulidad o inexistencia del dictamen, el hecho de que el perito lo fundamente en informes o testimonios de terceros recibidos por aquel, sin estar autorizado para ello.

Cuando son varios los peritos, nada impide que uno de ellos sea encargado por los demás de ciertos trabajos técnicos como la elaboración de un plano, el examen físico o químico de un elemento, la realización de un examen de laboratorio o de otras operaciones similares, si los demás revisan o verifican esos trabajos y los consideran correctos, adoptándolos como suyos. En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia Francesa.

(10) Idem cit. (2).

El concepto de Chiovenda se deduce de las siguientes palabras "...el oficio del perito es estrictamente personal y no puede delegarse". Pero ello no quiere decir que el perito deba realizar personalmente todas las operaciones necesarias a la pericia; a veces esto sería imposible. Es preciso pues, distinguir el dictamen de las operaciones preparatorias. El dictamen pericial comprende el juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos; y esto no puede hacerse sino por el perito designado. Pero las operaciones preparatorias para escoger esos datos pueden ser de naturaleza variadísima, y no se debe excluir a priori que algunas de estas operaciones deban o puedan confiarse por los peritos a sus ayudantes.⁽¹¹⁾

2.5. De fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa

La claridad en las conclusiones es indispensable, para que aparezcan exactas y el Juez pueda adoptarlas, su firmeza o la ausencia de vacilaciones es necesaria para que sean convincentes; la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. En el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes.

2.6. De guardar el secreto profesional cuando el caso lo requiera

La violación de este requisito convierte en ilícita la prueba.

Este secreto fue conocido en Roma, y consagrado en Francia durante el siglo XV por varias ordenanzas reales, como la de Carlos VII, la de Luis XI, en Inglaterra fue reconocido bajo el reinado de Isabel I.

Al venir el movimiento codificador de los países romanistas, encabezados por Francia, se incorporó en algunas legislaciones a los Códigos de Procedimientos o a los Códigos Penales, así por ejemplo en el Código Penal Francés, en el Código de Procedimientos Civiles de la Provincia de Quebec, Canadá; en el Código de Procedimientos Penales Colombiano, entre otros.

(11) CHIOVENDA: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Madrid 1954, t. III, núm. 339.

3. Nuestra Opinión

Amén de lo antes expuesto, sostenemos que es necesaria una puntualización detallada acerca de los deberes que al perito le competen.

El científico-técnico cumple una función social, que se vería desvirtuada si no se exigiera un dictamen fundado, y conclusiones claras y precisas.

El deber de prestar juramento, reviste a la investigación del perito de seriedad y le da mayores garantías a las partes y al Juez. La Doctrina y Jurisprudencia que admiten que las partes pueden dispensar al experto de esta exigencia está basada en el viejo y caduco criterio de que el proceso civil es de interés particular.

El deber de guardar secreto no está previsto expresamente en la legislación procedimental argentina; en cambio lo reglamentan los Códigos de Ética de las distintas profesiones liberales.

El desempeño personal del encargo, se relaciona directamente con la aptitud y formación técnica del experto, razón por la cual no puede delegar a otra persona las operaciones que fundamentan su conclusión; lo cual significa que puede recabar asesoramiento de otros expertos u obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, a condición de que luego adopte su personal conclusión.

Los demás deberes analizados encuentran su fundamento en disposiciones del Derecho Procesal, de modo que variarán de acuerdo al ámbito territorial de aplicación de las distintas legislaciones.

Es necesario enaltecer la función del perito, y esto sólo se logrará en la medida que se respeten sus derechos y puntualicen sus deberes.⁽¹²⁾

La exigencia de cumplimentar estos requisitos *no debe tener por finalidad perturbar la labor del experto, sino por el contrario dignificar su tarea*, impidiendo que se altere la eficacia probatoria del dictamen pericial.

La finalidad de la labor pericial es una verdadera trayectoria dialéctica en pos de una verdad, que se esconde tras un interrogante. La *verdad* es lo que centra todos los esfuerzos del investigador, le da razón de ser a su labor, no dubitativamente, sino como imperativo de la misma naturaleza de los hechos esclarecidos.⁽¹³⁾

(12) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "Derechos Extrapatrimoniales del Perito", Jurisprudencia Argentina, 1987, en impresión.

(13) MACHADO SCHIAFFINO, Carlos Alberto: "El Perito en la Legislación Argentina", INTERPOL 1986, en impresión.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Profesora Asociada y Vice Decana
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

- 1) Preámbulo y plano de exposición
- 2) Pasado y presente en la enseñanza del Derecho Procesal Civil
- 3) Repercusiones de un nuevo método
- 4) Justicia civil y realidad
- 5) Nuevo enfoque de la justicia civil

Conclusiones

1) *Preámbulo y plano de exposición:*

El título de este estudio expresa en forma concreta el problema esencial que lo motiva: se trata de hacer una reflexión sobre la trascendencia que reviste el Derecho Procesal Civil dentro del ordenamiento jurídico ya que constituye el canal para dilucidar los conflictos de Derecho Privado en sus diferentes manifestaciones: civil, comercial, familia, juicios universales y además porque funge como fuente supletoria de otros procedimientos: laboral, administrativo.⁽¹⁾ No obstante, es nuestro criterio que a pesar de esa relevancia en nuestro medio, hemos descuidado el Derecho Procesal Civil y con ello se ha generado una especie de "letargo", de "estancamiento" del mismo que nos produce una onda preocupación.

Ciertamente debemos advertir, ha habido valiosos esfuerzos por mejorar la administración de justicia en materia civil, el ejemplo más patente lo encontramos en el proyecto redactado por una Comisión del Poder Judicial integrada por tres distinguidos juristas como son don Miguel Blanco, don Edgar Cervantes y don Olman Arguedas y que vio la vida desde 1983 pero que hoy en 1988, cinco años después, no ha alcanzado la condición de ley vigente.⁽²⁾ De manera que el panorama continúa igual.

Ahora bien, creemos que el fenómeno apuntado es percibido por quienes de una u otra manera, deben relacionarse con los Procedimientos Cíviles y así se deja ver en los comentarios que a veces se escuchan sobre el tema. Es decir, la inquietud de que algo anda mal y debe ser cambiado pero que no se dan pasos concretos para cambiar este estado de cosas.

Dentro de los aspectos que queremos destacar aquí está aquel de intentar buscar las posibles causas de esta situación y por otro lado, plantearnos algunas perspectivas que puedan llevar a una motivación para el rescate del Derecho Procesal Civil en Costa Rica.

(1) Ver: Arts. 504 y ss. (sucesiones); 563 y ss. C.p.c.; art. 445 C. de T.; 229 pfo. 2º de la L.A.P.

(2) Promueve este Proyecto un proceso civil que participa de algunos de los principios modernos de los códigos de materia, así como una organización de títulos, ajustes del lenguaje técnico, simplificación de procedimientos, incorporación de nuevas figuras que en muchos casos suple lagunas muy importantes. Se adapta el sistema de libre valoración de prueba, así como nuevos tipos de prueba documental, se eliminan tachas, se reduce el número de medios de impugnación, etc., todo regido por un sistema escrito.

2) *Pasado y presente en la enseñanza del Derecho Procesal Civil:*

Se hace obligada esta referencia toda vez que opinamos que esta es una de las principales causas de la actual crisis del Derecho Procesal Civil, y que resulta sutil: "recóndita" y por eso muy difícil de percibir, pues de manera recurrente y tradicional, el método de enseñanza universitaria en la materia impidió al estudiante un replanteamiento que fuera más allá del esquema que se le dio en el aula. Esta es una experiencia que todos nosotros hemos vivido en mayor o en menor medida; hemos estudiado los Procedimientos Civiles con un enfoque "codiguero" en donde la materia se exponía única y exclusivamente por medio de la conocida *clase magistral*. Es obvio que aquí la *magistralidad* no significa siempre "alta academia", sino el monopolio de la palabra por parte del profesor quien frente a un estudiantado levemente adormecido, lee con alto sentido del deber, de 15 a 20 artículos por lección con algunas rápidas explicaciones y referencias jurisprudenciales que a la hora de evaluar deben plasmarse de memoria en un cuaderno de examen. Es claro, que ha habido también excepciones ya que sabemos de profesores (aún cuando pocos) que han dado un matiz diferente al curso, separándose de ese estricto apego al Código.

Si nos asomamos a una aula universitaria hoy en día, podremos observar con estupor, que la situación no ha variado en mucho.

Entonces ¿Cuál es el resultado? El resultado sin duda alguna es un profesional en Derecho que aprendió el Procedimiento Civil con un único sentido y por eso subyace en él la idea de que el proceso civil tiene una única expresión y de ahí el poco interés sobre el problema. Es como si predominara un dogma del Derecho Civil, de donde deriva la necesidad de modificar ese método rígido y claramente desactualizado en la enseñanza del Derecho Procesal Civil a fin de permitir la formación de profesionales con una visión más amplia del procedimiento civil que con espíritu crítico aprendan las reglas básicas y sus alcances, así como otras manifestaciones del mismo.

Es de primordial importancia que el estudio del Derecho Procesal Civil, se lleva a cabo partiendo del pleno conocimiento de los principios del proceso civil, conjugando con los acontecimientos reales que debe resolver. El análisis deberá abandonar en parte el sistema de revisión pura y simple del articulado del Código y las referencias que de esos mismos artículos hace la jurisprudencia nacional o de doctrinas tal vez superadas ya que ello solo conduce a formar un círculo vicioso de las fuentes de ilustración en la materia que cierra la posibilidad de nuevos enfoques.

Es claro, que Código y Jurisprudencia constituyen los ingredientes primarios para el estudio del Derecho Procesal Civil, pero no son suficientes. Se hace indispensable extender ese análisis a la observación y verificación de la realidad tutelada, la investigación y revisión de conceptos, esquemas y experiencias que aparecen en la literatura, esencialmente ex-

tranjera con especial énfasis cuando de ello extraigamos material útil y que proporcione soluciones o respuestas válidas a nuestros problemas. Debemos aceptar que carecemos de literatura doméstica especializada, y que aquella extranjera con que se cuenta desafortunadamente es de muy vieja fecha así como propone antiguas concepciones procesales y a su vez es escasa: contamos con pocas obras. Debemos aceptar también que dentro de estas condiciones nos vemos obligados a acudir a textos extranjeros actuales y ojalá en gran cantidad que nos informen del panorama en sus diferentes manifestaciones. Se impone además, para completar el cuadro, la investigación desde todas sus facetas en especial aquella de campo, y con referencia al Derecho Comparado, pues sólo de esta manera se generará una enseñanza comprometida con el progreso del Derecho Procesal Civil.⁽³⁾

La obtención de materiales nuevos, las prácticas didácticas concebidas como medios para promover la opinión, la crítica, el cuestionamiento, la investigación conduce a la producción de hipótesis y fórmulas visionarias para el mejoramiento del procedimiento civil, mediante el descubrimiento del modelo que tenemos, y determinar así su funcionalidad o no y su idoneidad para una justa y acertada administración de la justicia civil.

3) *Repercusiones de un nuevo método:*

La primera de ellas será el gran desafío de abrir un nuevo camino proyectando el instrumento procesal dentro del fenómeno real: frente al momento histórico actual y ante el futuro que regulará rodeado de exigencias sociales, económicas, políticas y tecnológicas diferentes y dotadas de un gran dinamismo que marcarán indefectiblemente el punto de arribo.

Esto implicaría en segundo lugar, descubrir lo bueno y lo malo del sistema que poseemos, para retener los aciertos y desechar los errores.

Luego, penetrar las duras estructuras de un esquema secular mancillando tal vez una especie de *bondad mitológica* por la cual ha sido venerado y conservado hasta nuestros días, a pesar de sus carencias.

Es en resumen, remover lo existente para asistir a un nuevo enfoque, a la búsqueda de soluciones apropiadas conforme sean las necesidades reales del cuerpo social para reducir el desfase entre crisis de un derecho y su restauración efectiva. Es decir, crear el vehículo idóneo para pasar de una justicia civil formal a una justicia civil real.

(3) Un punto de vista sobre este aspecto podemos verlo en SORI (M), "Le scelte politiche del giurista" en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, V. XX VIII (II Serie) 1973, pp. 306 ss. Habla también el autor de la diferencia entre lo político y la descripción científica en la enseñanza del derecho. También CARRO FERNANDEZ (J.L.), "Libertad de cátedra como fuente de libertad y respeto de los Derechos Humanos" en *Los derechos humanos y su protección por parte del Estado*, V. IV, pp. 209 ss.

4) Justicia Civil y Realidad:

Conocemos todos que el acontecer social, económico, político y tecnológico se mueve vertiginosamente: vivimos un siglo de profundas transformaciones en esos sectores a las que desde luego no es ajeno nuestro país y no lo puede ser tampoco el Derecho.

La combinación del elemento económico y aquel político han marcado desde siempre la conducta social, hoy a éstos se suma el factor tecnológico con cuya acción se han operado en el mundo moderno, sensibles modificaciones sociales por haber incidido en los tradicionales modelos de producción de trabajo y consumo que obviamente generan nuevos desafíos en las políticas a seguir para absorber de manera adecuada los problemas que correspondan al orden jurídico de un país. Es por esta vía que la humanidad ha pasado, en algunos casos de una economía agrícola u otra industrial, de una industrial a una de alta tecnología la cual, ésta última, sobrepasa todos los niveles conservadores de desarrollo para colocarse a la cabeza del mundo avanzado. Es así como surgen problemáticas diferentes que requieren de soluciones propias.

Por eso debemos revisar cuál es nuestro nivel y cuáles los retos que debemos asumir y cómo debemos asumirlos.

Es de especial importancia tomar en cuenta que Costa Rica ha entrado en una etapa de intensos cambios que no se limitan al ámbito doméstico sino que aparejan situaciones que nos enfrentan a la comunidad internacional. Así vemos, que se da un activo comercio no solo nacional sino internacional, que con el plan desarrollo para la Cuenca del Caribe, se ha incrementado la actividad de exportación, asistimos a la llegada de numerosas inversiones extranjeras, la aparición de innumerables perturbaciones en Centroamérica han provocado un flujo masivo de refugiados hacia nuestro territorio; la incorporación de sistemas de computación y de avances electrónicos sumamente sofisticados en casi la totalidad del quehacer privado: en los negocios y la producción tanto industrial como agrícola. La existencia de un número cada vez mayor de nuevas organizaciones para la producción como las sociedades mercantiles, cooperativas y bancos privados nos ha colocado ante un panorama que hace escasos siete u ocho años, no se vislumbraba siquiera y que como es lógico, pueden dar lugar a conflictos de Derecho Privado nuevos que aumentan y varían el trabajo para los órganos jurisdiccionales, por lo que se hace indispensable un mecanismo ágil, práctico, breve que permita satisfacer las demandas de justicia de manera cabal y además con bajos costos: mejorando las técnicas procesales así como los recursos humanos e incorporando las nuevas tecnologías al proceso. Sea una administración de justicia "justa" para todos, pues no cabe duda de que la complejidad y duración de los procesos civiles ha procurado una gran desconfianza de parte de ciudadanos nacionales y extranjeros con un efecto secundario muy grave: que es la solución de conflictos privados recurriendo a la llamada *autotutela* sea retomando una suerte de *justicia privada* en donde las condiciones del "pacto" corres-

pondiente podrían acarrear serias violaciones de los derechos del más débil. Además, una tramitación judicial lenta y complicada adquiere más la categoría de *burocrática* que de jurídica y evidentemente dejaría de ser un remedio válido y eficiente, cuando hablamos de reparar injusticias. Situaciones de este tipo nos llevan a recordar a Sprung quien refiriéndose a Franz Klein, el creador del Código Procesal Civil austriaco de 1895-98, comentaba que cualquier conflicto social de orden privado provoca una controversia jurídica que turba la normal "circulación de la sangre" de la organización social y si al proceso se le atribuye la categoría del "médico sanador", éste debe utilizar técnicas nuevas para nuevos problemas y restituir esa "circulación".⁽⁴⁾

Y es que a un procedimiento civil de corte medieval⁽⁵⁾ se suma una actitud mental de parte de los funcionarios judiciales en general: jueces y sus auxiliares, precisamente por la formación que han adquirido y el esquema procesal que utilizan, se encuentran consciente o inconscientemente atados a patrones muy interesantes que derivan de una fiel creencia de que el proceso civil, lo "mandan" las partes y así su función es estrictamente la de expectadores y por reflejo, el proceso civil queda atrapado entre un juez pasivo, unas partes que abusan de sus poderes presentando gestiones innecesarias, papeles y trámites engorrosos que lanzan como resultado un mero engranaje burocrático afuncional.

Es hora ya de que despertemos y corramos el velo con que está cubierta la justicia civil en Costa Rica y descubramos toda una gama de alternativas. Vayamos a la experiencia de otros países con el simple afán de conocerlas y abriarnos los horizontes. ¡Eh aquí la importancia del estudio del Derecho Procesal Civil! El compromiso de superar la calidad de la justicia en materia civil se impone con urgencia si deseamos realmente un proceso expedito y real. Cuanto mejor sería un proceso sencillo y breve donde jueces, auxiliares y partes fatiguen menos y obtengan frutos superiores. Pensemos en ese compromiso y perdamos el temor hacia lo nuevo, rompamos las barreras y restituyamos el brillo y el lugar que merece el proceso civil opacado por el polvo secular que lo cubre y por un proceso penal oral que ha capturado el interés de observadores y estudiosos ya que es un claro ejemplo de un proceso vivo, tangible, humano, que estimula a la discusión a la revisión de conceptos doctrinales, legales y jurisdiccionales así como a otras reflexiones llenas de interés y claramente muy útiles.

(4) SPRUNG (R). "Le basi del diritto processuale civile austriaco" en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, N° 1, 1979, pp. 24 ss.

(5) ALCALA ZAMORA (N). De esta forma este autor quien considera que la LEY de 1855 fue por su carácter medieval una *ley regresiva* y por eso impidió un régimen procesal avanzado incluyendo hispanoamérica. "Bases para el proyecto del Código Procesal Civil costarricense", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1977, pp. 1000 ss.

5) *Nuevos enfoques de la justicia civil:*

Costa Rica a igual que el resto de América Latina no se vio beneficiada por las corrientes del llamado "procesalismo científico" que se inició en Alemania a finales del Siglo XIX. La razón es muy explicable. En materia de Derecho Procesal Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española fue la rectora de los sistemas que regulan la materia en los países colonizados por España y Portugal, Ley que promanó de la Partida III en tiempos de Alfonso X el Sabio, (siglo XIII) y al no llegar tampoco a España dicha corriente⁽⁶⁾ Iberoamérica quedó al margen de la misma.

Las consecuencias derivadas del procesalismo científico alemán fueron muy positivas, gracias a él el Derecho Procesal adquirió autonomía y principios propios que hasta el momento le habían sido negados por vivir a la sombra de aquellos característicos del derecho sustancial e individualista.⁽⁷⁾

De sumo interés es destacar aquí los desarrollos posteriores que se efectuaron y en particular dentro del ámbito del Proceso Civil que significaron verdaderas revoluciones con resultados muy positivos a la hora de su aplicación y los cuales constituyen aún hoy respuestas válidas gracias al ángulo de proyección con que fueron concebidas.

Para efectos de análisis creemos conveniente iniciar de la eliminación de la idea tradicional del proceso civil como un proceso que ventila intereses estrictamente privados, razón por la cual el Estado hasta cierto punto, abandona el resultado del mismo a la amplia disposición de los interesados, hoy en su lugar, se impone el criterio de que en el proceso civil se canalizan intereses que conciernen al Estado como integrantes de la paz social. Si bien es cierto provienen de un conflicto individual ellos inciden en las reglas de la vida social y de ahí que las relaciones privadas gozan también de la definición de interés público y estatal como células componentes del ente social.⁽⁸⁾

Salvaguardándose así el carácter esencialmente público del proceso civil no sólo desde el punto de vista del derecho procesal sino porque en él debe darse un equilibrio entre el interés particular y aquel público. Visto desde este ángulo el proceso civil se convierte en un instrumento de bienestar social.

(6) ALCALA ZAMORA (N) Idem N° 5. No obstante, esas corrientes han penetrado en América Latina sea por medio de juristas extranjeros o de quienes han estudiado en Europa. En 1973, Brasil plasmó la influencia de E. Liebman en un Código Procesal Civil regido por el principio de la oralidad.

(7) Entre las múltiples referencias al tema, Ver SPRUNG (R), p. 39.

(8) SPRUNG (R), op. cit., p. 36.

No obstante, para poder hacer efectivo ese carácter el proceso debe estar dotado de ciertos principios que no lo hagan accesible por su simplicidad, rapidez y bajo costo: sea los requisitos básicos para llegar a una decisión seria y justa que tutele realmente el interés reclamado.

Es así como para lograr un proceso de esa naturaleza, se ha acudido a principios básicos de la "oralidad", la "publicidad", "inmediación", "libre valoración de la prueba", "concentración", "celeridad". Al adoptarse este sistema evidentemente se abandonaron los principios que regían los procesos medievales del Derecho Común los que muy por el contrario, se basaban en un carácter privado y secreto, fundamentalmente escrito, dividido en diversas fases por lo que era lento y desarticulado donde el juez permanecía separado del conocimiento del material probatorio así como de las partes y al mismo tiempo encontraba limitaciones en lo relativo a la valoración de las pruebas quedando sometido a aplicar valores prefijados por ley (sea: el sistema de la prueba legal).

Por otro lado, la efectividad del proceso se obtiene de una mayor atribución de poderes al juez contra una disminución de aquellos de las partes pero no por eso menoscabando sus garantías, simplemente se busca salvaguardar al proceso de los abusos o gestiones inoportunas de las partes en aras de la celeridad y seriedad que lo debe caracterizar.

Además con el auge del movimiento constitucionalista posterior a la Segunda Guerra Mundial, el proceso civil a igual que el proceso penal, fue incluido dentro del catálogo oficial de procesos de interés social y así se le hizo partícipe de las garantías y libertades constitucionales para proteger a las partes de eventuales violaciones a los principios básicos que deben aparecer en todos los procesos jurisdiccionales en un Estado democrático⁽⁹⁾ y que también fueron acogidos en el Derecho Internacional Europeo.⁽¹⁰⁾

1. *Juez legal o natural:* nadie puede ser sometido a tribunales especialmente creados para el efecto.

(9) Para ampliar este interesante paso histórico véase entre otros, LIEBMAN (E), "Garanzie internazionali dell' "equo" "processo civile" *Riv. Dir. Proc. Civ.* N° 3, 1979, pp. 330. CAPPELLETTI (M), *Ideologías, Proceso y Sociedad*, Milano 1975, pp. 51 y ss.

(10) LIEBMAN (E), op. cit., pp. 332 ss. Destaca el A, el hecho de que hoy en el Derecho Internacional se contempla al individuo como sujeto del mismo y no ya solo a los Estados, pues hoy las personas pueden acudir a los organismos de justicia internacional a reclamar la violación a garantías constitucionales procesales, civiles, políticas y sociales cita la "Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales" así como el "Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos" aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1966.

2. *Derecho de acceso a los tribunales*: derecho de acción y de defensa (principio del contradictorio), que incluye el problema de la asistencia legal gratuita para los desposeídos.
3. *Juez independiente e imparcial*: jueces sujetos solo a la Constitución y a la ley.
4. *Duración razonable del proceso*: el proceso debe desarrollarse de manera "equa": poniendo a todas las partes en condiciones de poder hacer valer y defender adecuadamente las propias razones dentro de un arco de tiempo breve.
5. *Igualdad de las partes*: que es también un aspecto de equidad y significa la "igualdad de armas". Pero, se refiere específicamente a una igualdad en la audiencia y en general, en las prácticas procesales.
6. *Publicidad de los procesos*: partiendo del concepto de soberanía del pueblo se exige un control de la opinión pública en el ejercicio de la jurisdicción.
7. *Obligación de motivar la sentencia*:⁽¹¹⁾

También cabe destacar la importancia que para dotar de mayores elementos de funcionalidad y efectividad al Derecho Procesal Civil, han tenido los estudios de Derecho Comparado.⁽¹²⁾ Por medio de la acción del Derecho Comparado, se han descubierto los modelos existentes en el pasado, su evolución y los esquemas que en la actualidad se presentan ante los ojos del jurista estudioso y que en muchos casos, se han constituido en patrones ampliamente efectivos y por ello han ejercido gran influencia en otros sistemas extranjeros.

Veamos algo sobre el punto.

Entre los modelos más destacados y surgidos a partir del *procesalismo científico* están: por supuesto, el Código Procesal Civil alemán de 1877, el cual hasta el presente, se reporta como uno de los mejor estructurados y de una alta eficiencia práctica. No obstante, la aparición posterior del

(11) Estos principios en parte también los encontramos expresados en la Declaración Universal de los derechos humanos arts. 8 y 10. Así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" (22 nov.1965) art. 8.

(12) Entre los grandes comparatistas podemos citar en Italia a: Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vigoriti, Taruffo, Sereni, Paromi, Rumi, Gorla, Bryant Garth, etc. Ver entre otros interesantes referencias sobre el tema en DENTI (V), "Diritto Comparato e scienza del processo", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, N° B, 1979, pp. Con una interesante síntesis de los diferentes enfoques para el Derecho Comparado.

Código Procesal Civil austríaco de inspiración alemana pero elaborado bajo otras consideraciones: sociales, políticas, económicas, psicológicas y jurídicas, fue la que marcó el gran hito en la historia de la justicia civil pues en éste el insigne Ministro de Justicia de la época Franz Klein quien fue designado para que lo redactara después de varios intentos fallidos de otros juristas austríacos,⁽¹³⁾ dio a la luz un Código concebido bajo las consideraciones ya señaladas pero, esencialmente sociales, basado en las circunstancias reales del cuerpo social. Por eso sus resultados prácticos han dado lugar a procesos civiles tan cortos que en algunos casos podemos hablar de seis meses de duración. En él convergen las metas ideales de una correcta disciplina procesal logrando la tutela por medio de un equilibrio entre orden jurídico (objetivo) e interés subjetivo (derechos de los privados) y una administración de justicia efectiva.⁽¹⁴⁾

Es bueno señalar que el proceso austríaco para realizar un proceso civil simple y efectivo, ha utilizado la forma oral, como una consecuente reducción en la duración de las causas y los respectivos costos permitiendo así el acceso al mayor número de ciudadanos al proceso. Se ve así de manera muy clara, un proceso civil que ve en los intereses sociales individuales la parte de un todo social por el hecho de que un conflicto privado produce una crisis del ordenamiento y por eso su rápida y adecuada solución interesa al Estado.

Con el objeto de dejar ver cómo se ha estructurado el proceso austríaco y palpar más de cerca su naturaleza me permito hacer aquí una síntesis de su esquema procedimental:⁽¹⁵⁾

1. *Demanda introductoria*: se dan aquí las citaciones oficiosas así como queda prevista para esta fase una "primera comparecencia" para las partes en donde el juez goza de amplios poderes discrecionales, por ejemplo, pedir informaciones, aclaraciones de la manera más abierta, sobre los hechos, encontrando límites solo en la prueba documental y testimonial.

2. *Desarrollo del proceso*: se atribuye al juez el poder de conducir aceleradamente el proceso para darle unidad impidiendo peticiones destinadas a atrasar el avance del proceso así como previniendo sobre los términos para la práctica de pruebas. Los reenvíos solo pueden darse en casos taxativamente establecidos por ley. Además, la proposición de los medios de impugnación no se divide entre interposición y motivación sino que ambas van unidas: declaración y motivos se unen en un mismo escrito.

Al efecto, se elimina el principio de preclusión y se fortalece la discusión oral. Esta discusión oral se efectúa ante un tribunal colegiado y debe darse en una sola audiencia.

(13) SPRUNG (R), op. cit., pp. 34 ss.

(14) SPRUNG (R), op. cit., pp. 24 ss.

(15) SPRUNG (R), op. cit., pp. 37 ss.

Por su cuenta el proceso en rebeldía, se basa en el principio de preclusión y de reposición de términos.

La escritura tiene una función "memorizadora" de lo que sucede en el proceso y se utiliza para los llamados *actos preparatorios*.

Conclusión: la sentencia de mérito se dicta de ser posible, de inmediato al concluir la audiencia o a más tardar 8 días después.

CONCLUSIONES

- En Costa Rica el Proceso Civil permanece estacionado desde hace más de un siglo sin que ese estado de cosas se vea modificado a pesar de que el Proceso Civil actual se ha tornado incapaz de administrar justicia.
- Tal fenómeno tiene íntima relación con los esquemas transmitidos a la clase forense mediante un sistema de enseñanza del Derecho Procesal Civil equivocado y limitado en sus posibilidades intelectuales y materiales por lo que se hace necesario reestructurar el método didáctico.
- Un único enfoque del Derecho Procesal Civil, enerva la actitud crítica y la búsqueda de soluciones lo que se ha traducido en una enorme falta de interés e indiferencia con la consecuente preservación de un proceso afuncional.
- La importancia del estudio del Derecho Procesal Civil, se da en virtud de la exigencia de abrir nuevos horizontes para construir un esquema que conduzca a una plena y efectiva administración de la justicia civil.
- La promoción de un nuevo esquema procesal civil debe darse partiendo del hecho social y sus agentes transformadores (economía, política, ciencia, tecnología, etc.) ubicado históricamente.
- La referencia a otras realidades jurídicas permitirá hacer luz en la búsqueda de respuestas adecuadas.
- Por último debemos siempre partir de que el proceso civil ante todo debe ser un instrumento para el bienestar social y no una mole que entorpece las buenas relaciones y desgasta de manera innecesaria y altamente perjudicial, los recursos del presupuesto para la administración de justicia de un país violando derechos fundamentales de los ciudadanos.

LA ASUNCION DE LA DEUDA AJENA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO, CON ESPECIAL ENFASIS EN LA SUCESION A TITULO PARTICULAR EN EL DEBITO Y EN LA NOVACION SUBJETIVA PASIVA(*)

Dr. Gastón Certad M.

Profesor Catedrático de la
Universidad de Costa Rica y de la
Universidad Autónoma de Centro América

Mi más sincero agradecimiento a mis ex-alumnas *Ana Lucía Espinosa Blanco* y *María del Pilar Peinador Roldán*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y *Emilia Saborío Pozuelo* y *Elías A. Soley Gutiérrez*, del Colegio Académico de la Universidad Autónoma de Centro América, hoy licenciados en Derecho, sin cuya valiosa y desinteresada colaboración no hubiese sido posible la conclusión oportuna de este estudio.

(*) Conferencia impartida en el Auditorio de la Corte Suprema de Justicia en la celebración del Centenario del Código Civil.

SUMARIO :

- I. Algunas consideraciones en torno a la adquisición del derecho: adquisición originaria y adquisición derivada.
- II. La sucesión en los derechos y en las obligaciones.
- III. La "cesión de deudas" en la doctrina clásica y contemporánea francesa. La "asunción de deudas" en la doctrina española.
- IV. La asunción de deuda en los Códigos Germánicos.
- V. La asunción de deuda en el Código Civil Italiano de 1942: irrelevancia de la distinción entre sucesión a título particular en el débito y novación subjetiva pasiva.
- VI. Breve conceptualización de la delegación y la expromisión.
- VII. El "accollo" en el Código Civil Italiano del '42. Concepto. Accollo voluntario o convencional. Accollo interno o simple. Accollo externo: 1) acollo acumulativo; 2) acollo liberador: a) acollo privativo; b) acollo novativo. Accollo "ex lege" o legal: interno, acumulativo y privativo.
- VIII. La sucesión a título particular en el débito sólo se efectúa a través de la delegación, expromisión y "accollo" privativos.
- IX. La situación en nuestro Derecho privado: Código Civil de 1886 y Código de Comercio de 1964.
- X. Importancia práctica de codificar correctamente las descritas figuras de asunción de la deuda ajena en nuestro país.

1. Harto difundida es la fórmula tradicional según la cual la adquisición es la conjunción o unión del derecho con un determinado sujeto. Obviamente, se trata ésta de una expresión metafórica o, cuando mucho, aproximada. Con ella se pretende indicar el acontecer de uno o varios hechos en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico reconoce, o más bien, atribuye o asigna la titularidad de un derecho a un determinado sujeto; y porque generalmente todo sujeto tiene un patrimonio (o se encuentra en el centro de una esfera jurídica) se puede afirmar que la adquisición señala el ingreso del derecho en el patrimonio (o en la esfera jurídica) del sujeto. La adquisición, entonces, o actual o concreta y específicamente virtual, define y condiciona la existencia del derecho; y en este sentido puede afirmarse que todo derecho es susceptible de ser adquirido por un determinado sujeto.⁽¹⁾

Así las cosas, el nacimiento del derecho produce necesariamente la adquisición o, cuando menos, la destinación del mismo hacia un determinado sujeto; de donde hoy se admite en forma pacífica, que no se dan derechos sin sujeto. Es ésta la conocida adquisición originaria o a título originario.

Esta forma de adquisición tiene como característica esencial e inconfundible la circunstancia que la titularidad del adquirente es objetivamente independiente de la posición del precedente titular, pues la figura adquisitiva está constituida por elementos de hecho que son propios del adquirente. La consecuencia es que en la adquisición originaria el hecho constitutivo del derecho lo da exclusivamente el hecho adquisitivo; es el mismo hecho jurídico el que determina la adquisición, es decir, el ligamen de la titularidad al sujeto determina también la existencia del derecho.⁽²⁾

Pero con referencia al sujeto adquirente, surge la necesidad de distinguir la adquisición derivativa o a título derivativo que, a diferencia de la originaria, no coincide con el nacimiento del derecho, encuadrándose más bien en el ámbito de las modificaciones subjetivas. Esta forma de adquisición implica precisamente una doble modificación que, analizada en sus momentos constitutivos, se presenta como extinción o pérdida, para el precedente titular, y como adquisición en sentido estricto, para el nuevo titular.⁽³⁾

(1) PUGLIATTI, Salvatore, "Acquisto del diritto", en Enciclopedia del Diritto, I, Giuffrè Editore, Milano 1958, pág. 510.

(2) NICOLO, Rosario, "Successione nei diritti", en Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1971, págs. 609 y 610.

(3) PUGLIATTI, Salvatore, op. cit., pág. 510.

Nosotros somos de la opinión que la nota característica de la adquisición derivativa está en la relación de dependencia objetiva que en ella se da entre el derecho preexistente y el derecho adquirido, siempre que entre uno y otro se dé una relación de causalidad, por la que el primero funciona como 'conditio sine qua non' del segundo.⁽⁴⁾

La adquisición derivativa puede ser producida por una multiplicidad de fuentes: por un acto de disposición del titular o de un sujeto autorizado a actuar por él (traspaso voluntario); por un acto de ejercicio de un poder público (traspaso coactivo); o bien por una particular situación que una norma jurídica considera suficiente para hacer descender de ella la adquisición.

El concepto de adquisición derivativa (como el de traspaso —en relación al precedente titular— y el de sucesión —consideración del fenómeno prescindiendo de los sujetos agentes—) ha hecho surgir y ha alimentado una cuestión técnica, que puede formularse en los siguientes términos: ¿puede sostenerse que el derecho o la obligación objeto de la adquisición, pasando de un sujeto a otro, mantenga su identidad, o debe considerarse que, cambiando el sujeto, cambie también el derecho o la obligación, y se adquiriera tan sólo un derecho o una obligación equivalente?

Pues bien; en las siguientes líneas dedicaremos toda nuestra atención y esfuerzos a la solución de tan valedera interrogante y veremos cómo el instituto de la "sucesión" se muestra particularmente favorable a los efectos de llegar a una conclusión en la problemática propuesta.

2. El concepto de 'sucesión' emerge históricamente en el más antiguo derecho romano en relación al fenómeno de la desaparición, en sentido físico o en sentido jurídico, de un sujeto, situación que por una indeclinable exigencia práctica, imponía la creación de un mecanismo que impidiera la extinción de las relaciones jurídicas en las que intervenía el sujeto desaparecido. Este mecanismo se realizó adecuadamente en un primer momento en la sucesión *mortis causa*.⁽⁵⁾

Por mucho tiempo, en realidad durante todo el período del derecho clásico, el concepto de sucesión permaneció ligado al presupuesto de hecho de la extinción de un sujeto y no conoció otro mecanismo de producción que la adquisición de la cualidad personal, por medio de la cual el sujeto que resultaba investido devenía automáticamente titular de las relaciones jurídicas pertenecientes al sujeto desaparecido.

(4) Es ésta la opinión dominante sostenida por autores como Coviello, Ferri, Scialoja, Venezian y otros, citados por NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 610. Frente a esta posición, autores como Bonfante, De Ruggiero y Gorla consideran que el carácter esencial de la adquisición derivativa es la relación entre el adquirente y el precedente titular.

(5) ARIAS RAMOS, J., "Derecho Romano", II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 780 a 782.

Por el contrario, respecto a la adquisición de derechos singulares, el concepto de sucesión se afirmó en época relativamente reciente, precisamente cuando la concepción materialista del traspaso de la cosa fue sustituida por la idea del traspaso del derecho, y cuando la adquisición (derivativa) de un derecho dejó de ser considerada como la consecuencia de un acto de apropiación del adquirente, cronológicamente sucesivo a un distinto y autónomo acto de disposición del enajenante, para ser tratada como el resultado de la síntesis de dos actos de voluntad del viejo y del nuevo titular. Así, en correlación a las ideas de que objeto del traspaso es el derecho, es decir, una relación ideal entre el sujeto y el bien, y de que el traspaso representa la síntesis unitaria de la pérdida y de la correlativa adquisición, se hizo necesario afirmar el concepto de 'sucesión a título particular', y no sólo con relación a los derechos reales, sino también con relación a los derechos personales.

Aún más reciente es el concepto de sucesión en las obligaciones: pesaba en los romanos la (primitiva) concepción de 'obligatio' como un vínculo netamente personal que unía el deudor al acreedor; ello chocaba con la idea de que aquél fuese sustituido por otro y de que el segundo pudiese transmitir a un tercero las facultades que tenía contra el primero. La misma sencillez de la vida económica romana no imponía la necesidad de considerar siquiera la cesión del crédito, ni mucho menos, la sucesión en el débito.⁽⁶⁾ Pero cuando, como consecuencia de las conquistas y de las relaciones con otros pueblos, la vida comercial romana se amplió, surgiendo tal necesidad: Ticio estipula de Sempronio lo que le debía Cayo; Cayo queda liberado y Sempronio obligado en su lugar con Ticio; y el deudor encuentra así en la 'novatio' un medio de liberarse de su acreedor, proporcionándole, en lugar de la cosa debida, el empeño de otra persona; si esta persona se obliga con el acreedor por orden suya, se dice que hay 'delegatio': delega un deudor nuevo a su acreedor; si por el contrario, el promitente se compromete espontáneamente a serle útil, se dice que hay 'espromissio'.⁽⁷⁾ Pero en lo concerniente a la transmisión de obligaciones sin novación, el discurso es, definitivamente, moderno: ya los clásicos franceses nos hablaban de la "cession de dettes"; pero la figura se confirmó con la aparición de los códigos germánicos (por su orden Código General Civil de Austria, Código Civil Alemán y Código Civil Suizo de las Obligaciones) a fines del siglo pasado y principios del presente; pues si abstractamente es concebible no sólo el subintrar de un sujeto a otro en la posición activa (derecho de crédito) de una relación jurídica, sino también el subintrar en la posición pasiva (obligación), es obvio que, por lo menos teóricamente, se pudiese hablar junto a una sucesión en los derechos de una sucesión en las obligaciones. Como en general 'suceder'

(6) CERTAD M., Gastón, "Breves apuntes en tema de sucesión en el débito. ('Expromisión, Delegación, 'Accollo')" en Revista Judicial N° 9, Año III, San José, setiembre de 1978, pág. 10.

(7) PETIT, Eugene, "Tratado elemental de Derecho romano", Edinal, México, 1958, pág. 496.

significa "entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella",⁽⁸⁾ 'suceder en el débito' significaría específicamente "subintrar un sujeto a otro en su posición de deudor", y esto, desde un punto de vista estrictamente estructural, nada lo impide.⁽⁹⁾

El ámbito histórico del concepto de sucesión puede entonces reconstruirse fácilmente: de la figura típica e inconfundible de la 'successio' clásica, cuyo último efecto era la sustitución de un sujeto por otro en una serie indefinida de relaciones, se viene desarrollando en el tiempo el concepto de sucesión a título particular, ligada al presupuesto de un acto de disposición del titular y al concepto de traspaso del derecho (más tarde de traspaso de la obligación) y que tenía como efecto primordial e inmediato la sustitución de un sujeto por otro en el derecho (luego en la obligación) que era objeto del traspaso.

Tenemos entonces que "la noción técnica de 'sucesión' sirve generalmente para calificar el fenómeno en virtud del cual un sujeto (sucesor o avente causa) asume respecto a una relación jurídicamente relevante la misma posición que ocupaba anteriormente otro sujeto (dante causa). Así las cosas, el concepto de sucesión se extendería hasta comprender todas aquellas figuras que conllevan una modificación exclusivamente subjetiva de una relación jurídica, la cual, manteniendo intactos o incólumes sus elementos objetivos, conservaría su originaria individualidad y sería por ello considerada como la continuación de la precedente. Tenemos entonces que si por sucesión se entiende, desde un punto de vista descriptivo, la sustitución de un sujeto por otro en una determinada posición jurídica, ella se puede producir con referencia a cualquier tipo de situación jurídica, o sea, a todas las categorías de relaciones humanas jurídicamente calificadas que se consideren susceptibles de permanecer vivas a pesar de un cambio del sujeto que en un determinado momento es su titular".⁽¹⁰⁾

Claro que para la situación jurídica de un sujeto respecto a una determinada relación jurídica sea idéntica a la de un sujeto distinto, deben necesariamente permanecer intactos los elementos objetivos de esa relación, esto es, el contenido y el objeto, de modo que la posición del segundo sujeto (sujeto subintrante) no sea susceptible de coexistir conjuntamente con la del primero (sujeto subintrado), sino más bien presentarse como la continuación de ésta.

Ahora bien; en el campo de la valoración normativa el concepto de sucesión debe servir para determinar una particular relación de interdependencia entre una situación jurídica, considerada históricamente, y una situación jurídica actual que sustituye a la primera. Más allá de esta valo-

ración correlativa de las dos situaciones, *que sólo la norma puede hacer con fundamento en determinados presupuestos*, el concepto de sucesión no tiene razón de ser. Porque para que haya sucesión no basta que un derecho (o una obligación) se extinga frente a un sujeto y otro (u otra) consecuentemente surja frente a un sujeto distinto, con contenido y objeto idénticos; es necesario además y principalmente que la norma, valorando las dos situaciones y partiendo del presupuesto de una dependencia de la segunda respecto a la primera, llegue a su identificación formal y no simplemente empírica, atribuyéndole a los hechos constitutivos o impeditivos del derecho (o de la obligación) original la misma relevancia respecto al derecho (u obligación) nuevo y disponiendo que la regulación del primero (o de la primera) siga teniendo aplicación para el segundo (o la segunda).⁽¹¹⁾

Es importante aquí revelar que no sólo es tarea exclusiva de la norma determinar cuándo, en relación a determinadas figuras adquisitivas, hay sucesión, sino además que, con el término técnico de sucesión, debe individuarse sólo una particular calificación jurídica de la figura. Me explico: frente al fenómeno de la adquisición del derecho (o de la obligación) de parte de un sujeto, es la norma la que procede a calificar la posición del adquirente en relación a la posición del precedente titular y a establecer aquel nexo de dependencia que se transforma en una relación de identidad formal y que técnicamente nosotros denominamos sucesión; de guisa que, cuando se dice que la sucesión conlleva el subintrar de un sujeto en la misma posición ocupada por otro sujeto en función a una determinada relación jurídica, se pretende sustancialmente decir que la adquisición de parte del nuevo titular está objetivamente configurada de modo que su posición depende de la ocupada precedentemente por el titular original; que adquiere eficacia con base en los mismos hechos que hacían eficaz a la original y está sometida a la misma disciplina jurídica de la original. Y entonces es perfectamente justificada la consecuencia que, desde el punto de vista normativo, el sucesor adquiere una posición jurídica idéntica a la del titular original.

De todo lo dicho se infiere que la adquisición originaria, como quiera que ella se configure en contraposición a la adquisición derivativa, es conceptualmente incompatible con el fenómeno sucesorio; de donde presupuesto esencial para que el ordenamiento jurídico reconozca la existencia de un fenómeno de sucesión de los derechos (o de las obligaciones) es la presencia de una adquisición derivativa.

"La conclusión parece ser que la sucesión, entendida como la identificación normativa de dos situaciones jurídicas con el mismo contenido y con el mismo objeto y en donde una sustituye a la otra, no es más que una calificación particular de una 'fattispecie' adquisitiva que, sin

(8) "Diccionario de la lengua española", Real Academia Española, XIX Edición, Madrid, 1970.

(9) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 10.

(10) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 606.

(11) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 609.

embargo, es independiente de las modalidades y de la fuente de la adquisición".(12)

Pocas palabras queremos añadir en lo que a la clasificación de las distintas formas de sucesión respecta: en relación al presupuesto de hecho del cual se hace depender la sucesión, se acostumbra distinguir la sucesión *mortis causa* de la sucesión *inter vivos*. La primera, ligada al presupuesto de hecho de la muerte de una persona física —y más generalmente al presupuesto de la extinción de un sujeto— puede ser a su vez sucesión a título universal y sucesión a título particular. Esta ulterior distinción encuentra su fundamento no sólo bajo un aspecto cuantitativo, en cuanto el sucesor universal (heredero) subintra potencialmente en todas las relaciones pertenecientes al 'de cuius' mientras el adquirente a título particular (legatario) adquiere sólo la titularidad de determinadas relaciones del dante causa, sino principalmente bajo el ámbito de la distinta naturaleza del título que justifica la sucesión.

La sucesión universal, dada su naturaleza y el mecanismo a través del cual se produce, encuentra posibilidad de aplicación sólo en la sucesión *mortis causa*, en cuanto la adquisición de un título que produzca y justifique la sucesión en todas las relaciones de un sujeto, presupone la extinción de ese mismo sujeto.

Cuando, por el contrario, la sucesión prescinde del presupuesto de hecho de la extinción de un sujeto (sucesión *inter vivos*), ella debe necesariamente presuponer un acto de disposición por parte del titular (o eventualmente de otro sujeto) y correlativamente un acto de voluntad del adquirente, esto es, una adquisición derivativa. Pero cualquiera que sea el objeto del traspaso, la sucesión en esta hipótesis no puede ser de otra forma que a título particular. Precisamente en la sucesión a título particular en el débito concentraremos de ahora en adelante nuestra atención y esfuerzos.

3. La asunción de la deuda ajena, y más concretamente las hipótesis de sucesión a título particular en la obligación, no son tratadas por el Code Civil Napoleón de 1801. El artículo 1271 de ese Cuerpo de Leyes dice:

"La novación se opera de tres maneras:

1.;
2. cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que es liberado por el acreedor;

Comentando esta norma, los tratadistas franceses distinguen dos variedades de novación por cambio de deudor (novación llamada subjetiva):

(12) NICOLO, Rosario, op. cit., pág. 613.

delegación y expromisión; y concuerdan además en que, ya se trate de la una o de la otra, el asentimiento del acreedor es indispensable para que la novación opere.(13)

"Hay delegación cuando el nuevo deudor que se compromete con el acreedor es delegado, es decir, encargado por el viejo; es entonces el primitivo deudor quien toma la iniciativa de la delegación...".(14)

De estas palabras nítido resulta que el inciso 2º del artículo 1271 del Code Napoleon contempla, para los citados autores franceses, la delegación llamada novativa.(15)

"... Si por el contrario, el nuevo deudor, que viene a tomar el lugar del viejo, no actúa bajo petición de éste, instigado por él; si él actúa espontáneamente o por iniciativa de un tercero, estamos ante un caso de expromisión...".(16)

De esta otra intervención resulta también muy claramente que, para los escritores de repetida cita, la norma de comentario contempla, además, la denominada expromisión novativa.(17)

De mucho interés es lo dispuesto por el artículo 1275 ejusdem:

La delegación mediante la cual un deudor presenta al acreedor otro deudor que se obliga frente al acreedor, no opera ninguna novación, si el acreedor no declara expresamente que él pretende liberar al deudor que ha hecho la delegación".

Frente a esta norma, los comentaristas franceses sostienen la existencia de dos tipos de delegación: perfecta e imperfecta. "Para que exista delegación perfecta, es indispensable que el delegatario libere al delegante".(18) "La delegación perfecta tiene por efecto liberar al primitivo deudor. Ella lo coloca en la misma situación que si hubiera pagado y por consiguiente el delegatario no tiene más acción contra él".(19)

(13) BAUDRY LACANTINERIE, G.; BARDE, L., "Traité théorique et pratique de droit civil", III (Des obligations), Librairie de la société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908, N° 1713, pág. 25; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librairie F. Pichon réunies, Paris, 1917, N° 540, pág. 175.

(14) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1714, págs. 25 y 26.

(15) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 20.

(16) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1715, pág. 26.

(17) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 20.

(18) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1744, pág. 58; PLANIOL, op. cit., N° 554, pág. 180.

(19) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1747, pág. 61. Es ésta la delegación denominada novativa.

Pero "la delegación no produce siempre una novación. En ciertos casos, la deuda que ella origina, en vez de suprimirla, viene a colocarse junto a la deuda original...".⁽²⁰⁾

"Resulta del artículo 1275 que no hay más novación cuando el delegatario no ha expresamente declarado que él libera al delegante. En esta hipótesis, nace una segunda obligación que viene a agregarse a la primera. Según la terminología del derecho romano, es este un caso de 'adpromissio', y la doctrina moderna dice que la delegación es entonces imperfecta.

... El acreedor tiene ahora dos deudores, y cada uno de ellos está obligado por la totalidad de la deuda...

Así puede decirse que, en la delegación imperfecta, tanto el delegado como el delegante, juegan, en relación al delegatorio, el papel de deudor principal...

... La delegación imperfecta no puede, evidentemente, realizarse sin que el acreedor la acepte. Pero no es necesario que dicha aceptación sea expresa. Ella puede resultar de las circunstancias".⁽²¹⁾

Como puede notarse quedan por fuera de la regulación normativa francesa, como al inicio anunciamos, las verdaderas hipótesis de sucesión inter vivos a título particular en la deuda, es decir, la expromisión, la delegación y el "acollo"⁽²²⁾ (liberadores) privativos, institutos a los que la doctrina francesa llama genéricamente "cession de dette".⁽²³⁾

(20) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1714, pág. 26.

(21) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., N° 1753, págs. 71-72; PLANIOL, op. cit., N° 554, pág. 180. Es ésta la delegación conocida como acumulativa, cumulativa, conjuntiva o solidaria.

(22) Es ésta la expresión que utiliza el Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 1272. La traducción de este vocablo al español, como bien lo apunta Santiago Sentís Melendo en la traducción de la obra "*Sistema de Derecho Privado*" de Domenico Barbero (E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 268, nota del traductor), no es sencilla. Idiomáticamente "acollo" significa "el peso que gravita sobre el cuello de una caballería" y, por extensión, "el peso que puede hacerse recaer sobre una persona". El citado traductor utiliza el término "carga" para traducir esta voz, expresión que no compartimos por confundirse con la traducción del vocablo italiano "onere", que ninguna relación tiene con el "acollo". Preferimos nosotros usar el mismo vocablo italiano, no sin advertir que los alemanes utilizan la locución "asunción de deuda (Schuldubernahme)" y los franceses "cesión de deudas (cession de dettes)", que sirven para distinguir el entero fenómeno de la sucesión a título particular en la deuda y no la aislada figura del "acollo".

(23) Esta fórmula se usaba "casi para sobresaltar la correspondencia con el fenómeno de la transmisión del crédito; y se trataba de justificar el término 'cesión' con fundamento en puntos de vista filosóficos y en concepciones económicas, mal entendidas o mal asimiladas, identificando la deuda con un 'valor' y esforzándose así en superar la costumbre del legislador, de reservar la palabra 'cesión' para las vicisitudes traslativas que aumentan la esfera patrimonial del adquirente". RESCIGNO, Pietro, "*Manuale di Diritto Privato*", 2ª Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1975, pág. 586.

Surgen estas figuras, positivamente, con el Código General Civil de Austria de fines del siglo pasado, recibiendo la confirmación definitiva con la promulgación del B.G.B. de 1900. La cesión de deuda libera al primitivo deudor. Este resultado no puede producirse contra la voluntad del acreedor: claro que si la "cesión" les hace perder a este último un deudor, también le hace adquirir otro; pero es posible que el segundo deudor no le inspire al acreedor tanta confianza como el primero. Es por ello imposible que pueda imponérsele al acreedor un cambio de obligado: puesto que precisamente existe un acreedor que espera satisfacción, satisfacción que puede depender tanto de la disposición, cuanto de la solvencia del deudor, es de suponer que al acreedor no le es indiferente la persona misma del deudor. De todo esto se infiere que la llamada "sustitución del deudor" es una cuestión de suyo delicada y por eso la ley no la consiente si no media el asentimiento del acreedor (salvo que sea necesaria en su mismo interés, como en el caso de muerte del deudor).⁽²⁴⁾

Laurent es de la opinión que este razonamiento nos obliga a considerar la cesión de deudas legalmente imposible: "Si cede sus créditos, no cede sus deudas" invocando "el principio elemental que el deudor no puede ceder sus obligaciones".⁽²⁵⁾ "El Código no admite que las deudas puedan ser cedidas; el deudor está ligado al acreedor, y no puede desligarse de éste".⁽²⁶⁾

Para Lebrun la "cession de dette" es un convenio por el cual un deudor trasmite la situación pasiva que tiene con su acreedor a un tercero que deviene deudor en su lugar".⁽²⁷⁾ La figura ha sido clasificada según se la considere aisladamente (o como accesoria de la cesión de un bien) o como elemento de la cesión de contrato, una operación de mayor magnitud.⁽²⁸⁾

Nos interesa analizar aquí lo que los franceses llaman la "cesión perfecta", con la cual se trata de hacer adquirir al acreedor un derecho contra el nuevo deudor, perdiendo aquél su derecho contra el primer deudor, quien resulta liberado. La figura no es posible concebirla sin una manifestación de voluntad del acreedor, pues es principio indiscutible que nadie puede ser obligado a cambiar de deudor; la razón estriba en que el valor de una obligación, cualquiera que ella sea, depende en gran parte

(24) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 10.

(25) LAURENT, H., "*Principes du droit civil français*", XXV, Bruxelles, 1898-1903, N° 211.

(26) LAURENT, op. cit., XXIV, N° 529.

(27) LEBRUN, Auguste, "*Cession de dette*", Dalloz Encyclopedie Juridique, Répertoire de Droit Civil, Paris, Jurisprudence Général Dalloz, 2^{ème} édition, II, 1971, págs. 1-2.

(28) CARBONNIER, Jean, "*Droit Civil*", IV, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition, mise à jour, 1975, pág. 470.

de la personalidad misma del obligado, su solvencia y también su moralidad.⁽²⁹⁾

Para Lubrun el Código Civil francés debe interpretarse en el sentido de que no prohibiendo expresamente la figura de la cesión perfecta, no se la debe rechazar en forma rotunda.⁽³⁰⁾ Pero la doctrina civilista contemporánea de ese país se encuentra dividida entre quienes, autónomamente, no la admiten del todo (es decir, como otra figura más dentro de la línea general de la sucesión en el débito, al lado de la delegación y de la expromisión)⁽³¹⁾ y quienes, haciendo un gran esfuerzo interpretativo e integrativo, la admiten.⁽³²⁾

Los españoles enfocan el tema de la sucesión inter vivos a título particular en el débito con el nombre de asunción de deudas,⁽³³⁾ definiéndola como "...un contrato celebrado por el deudor primitivo con un nuevo deudor, que asume la obligación de aquel",⁽³⁴⁾ imponiéndole como requisito el consentimiento o la ratificación del acreedor. El contrato puede tener dos manifestaciones: una de la que resulta la liberación del deudor primitivo (asunción liberatoria),⁽³⁵⁾ como consecuencia del consentimiento expreso o tácito del acreedor (artículo 1205 del Código Civil español); otra que vincula a ambos deudores frente al acreedor (asunción acumulativa o cumulativa).⁽³⁶⁾

El Código Civil español, de inspiración napoleónica, tampoco contempla en su articulado la sucesión inter vivos a título particular en la obligación y de ahí que la asunción de deuda es considerada en España, por la doctrina mayoritaria, como un contrato atípico, regido por las estipulaciones hechas por las partes.

El instituto es estudiado por los españoles desde varios puntos de vista: la liberación o no del deudor anterior; la insolvencia (o quiebra)

(29) Según palabras de los MAZEAUD: "el crédito vale lo que valga el deudor..." (Henri, Leon et Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960, pág. 521.

(30) LEBRUN, op. cit., págs. 1-2.

(31) Ejemplo de esta tendencia lo constituyen los hermanos MAZEAUD, op. cit., pág. 523).

(32) Citamos como ejemplos de esta posición a LEBRUN (op. cit., págs. 1-2) y a GAUDEMET (Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa S. A., México, 1974, págs. 504 a 508).

(33) Ver infra, nota 22.

(34) DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Editorial Tecnos, 1983, pág. 833.

(35) DIEZ-PICAZO, op. cit., pág. 833.

(36) El ordenamiento español consagra el principio de la no presunción de la solidaridad (artículo 1137 del Código Civil); no obstante, una parte de la doctrina opta por la solución contraria para el caso de asunción de deuda acumulativa.

del nuevo deudor; las garantías y obligaciones accesorias; las excepciones oponibles al acreedor.⁽³⁷⁾

4. La historia demuestra que la sucesión inter vivos a título particular en las deudas representa el punto de llegada de la evolución que se produjo en torno a la noción de "obligatio" heredada de los romanos. Se han necesitado muchos siglos para que esta evolución se complete.

A diferencia del Derecho Romano, el antiguo derecho alemán sí conoció la institución de la asunción de deudas y pese a un período de declinación de la misma, puede notarse su resurgimiento a partir de la primera mitad del siglo pasado.

El Código Prusiano de 1794 ("Allgemeines Landrecht") contenía algunas disposiciones que, según la forma en que se las interprete nos llevan a concluir que marcaron la inclinación hacia el triunfo del sistema germánico moderno.⁽³⁸⁾ Pero el Código Civil para el Imperio de Alemania, en su texto definitivo, no fue votado sino en 1896 y es uno de los primeros en admitir "ex professo" la asunción privativa⁽³⁹⁾ de las deudas: Libro II, relativo al "Derecho de las Obligaciones", Sección V que, bajo la rúbrica "Asunción de deuda (Schuldübernahme)", regula la institución en los artículos 414-419. El Bürgerliches Gesetzbuch prevé que la "Schuldübernahme" —con esta expresión el legislador alemán distingue únicamente la asunción privativa— puede realizarse entre el tercero y el acreedor (artículo 414)⁽⁴⁰⁾ o bien mediante contrato entre tercero y deudor, que el acreedor asienta o ratifique expresamente (artículo 415).⁽⁴¹⁾

Ennecerus define la asunción (privativa) de deuda como "un contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor. El deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma".⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾

(37) DIEZ-PICAZO, op. cit., págs. 827-833.

(38) Nos resulta que el primer Código en legislar sobre la asunción privativa de la deuda fue el Código General en Austria del siglo XIX, tal vez inspirado en el Código Prusiano, pero realmente no hemos logrado conseguir información directa que nos permita corroborar este hecho y analizar sus disposiciones.

(39) Privativa porque el acreedor resulta privado de su crédito frente a su antiguo deudor, manteniéndose en todo lo demás igual a la obligación.

(40) Trátase ni más ni menos que de la expromisión y delegación privativas. Véase supra N° 6.

(41) Esta especie negocial de asunción privativa ocupa, en el Código alemán, el puesto del "accollo" privativo del Código italiano de 1942, véase supra N° 7.

(42) ENNECERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 410.

(43) Lo que la diferencia precisamente de la denominada novación subjetiva pasiva, pues la primigenia obligación no perece sino que subsiste a cargo de otro sujeto pasivo.

El efecto principal de este contrato es que el adquirente se coloca en el lugar del antiguo deudor quien queda, a su vez, liberado, pero el crédito no se extingue (esto es, no hay novación), sino que simplemente cambia de dirección respecto de la atribución pasiva de la obligación. La deuda se trasfiere al que la asume tal cual es al momento de la asunción.⁽⁴⁴⁾

A pesar de no estar expresamente previstas en el B.G.B., la doctrina admite la asunción acumulativa y la novativa. En virtud de la primera, el tercero subintraente se coloca junto al deudor originario —que no queda liberado— como codeudor solitario; debe notarse que tampoco en esta figura el contenido de la prestación debida varía; en ella, el tercero debe tener un interés real, verdadero, en la relación obligatoria misma y no únicamente un interés personal en apoyar al deudor.⁽⁴⁵⁾

En la asunción novativa, el tercero subintra al deudor original que resulta liberado como consecuencia de la extinción de la obligación, y nace entre tercero y acreedor una nueva relación obligatoria: como lógica consecuencia, el contenido de la prestación cambia.

Podemos observar, ante estas figuras de asunción (privativa) de la deuda (expromisión, delegación y "acollo") cuál es la noción hoy imperante de obligación en el Código Civil alemán: la obligación, desde un punto de vista pasivo, no es considerada ya —como en Roma y en las legislaciones de inspiración napoleónica— como una unión personal —salvo cuando su ejecución no es susceptible que emane de otra persona distinta que no sea el deudor original, en razón de sus aptitudes o cualidades. Pero, fuera de esta hipótesis, decididamente excepcional, la persona del deudor no es en medida alguna elemento de la obligación. La esencia de la obligación, siguiendo las enseñanzas de Saleilles, está "en la naturaleza de la prestación a cumplir", la manera como ella debe ser y "el conjunto de actividades" a la cual ella puede comprometer eso que se ha llamado "el contenido de la obligación, la 'praestare' de los romanos", y esta 'praestare' puede tener un valor propio, independiente de la persona y circular como tal".⁽⁴⁶⁾ Así, la persona del deudor viene a resultar extraña a la esencia de la obligación; ella sólo tiene importancia bajo el aspecto de las posibilidades de pago.⁽⁴⁷⁾

En virtud de una reforma de principios de este siglo, la asunción de deudas versión alemana es acogida por el legislador suizo en el "Code Federale des Obligations": "en la revisión del Código de Obligaciones se adoptó, después de muchas vacilaciones, el punto de vista de la teoría

(44) LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", I, Editorial Revista de Derecho

(45) Según Larenz (op. cit., pág. 485) es ésta una de las diferencias entre la asunción acumulativa y la fianza.

(46) "Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand", Paris, 1890, N° 82, pág. 71.

(47) CERTAD M., Gastón, op. cit., pág. 23.

contractual alemana, aunque sólo para el caso corriente de asunción de deuda".⁽⁴⁸⁾

Bajo el nombre de "reprise de dette" el Código Suizo regula entonces la sucesión en la posición pasiva de la relación obligatoria, cuyo efecto primordial es el de retomar la deuda, por lo cual el tercero subintraente en esa relación asume la deuda del sujeto pasivo original, que resulta liberado.⁽⁴⁹⁾

Al igual que el B.G.B., el Código de Obligaciones suizo contempla dos hipótesis de "reprise de dette": la interna y la externa. La primera, que tal vez debería llamarse con más propiedad "Promesse de liberation",⁽⁵⁰⁾ es un contrato entre un tercero y el deudor de la obligación en donde aquél promete a éste asumir su deuda frente al acreedor, quien debe liberarlo;⁽⁵¹⁾ la liberación prometida al deudor puede lograrse de diversos modos.⁽⁵²⁾

La "reprise de dette externe" (artículo 176) es un contrato entre el tercero y el acreedor tendiente a que aquél sustituya en la relación obligatoria al deudor original que queda así liberado. "En este tipo de 'reprise de dette' cambia el sujeto pasivo de la obligación (como es lógico) y persiste la deuda original, por lo que no es una novación. El tercero se obliga con el acreedor y el deudor anterior se libera de éste, y si se decretare la nulidad del acto, el primer deudor se mantiene en su carácter de obligado; igualmente se libera el tercero si por alguna razón el acreedor no puede disponer del crédito. Ese nuevo deudor asume la deuda en el estado en que se encuentra en ese momento, tanto en sus modalidades y accesorios como con sus excepciones reales".⁽⁵³⁾

Tenemos entonces que "la obligación que la persona que asume la deuda contrae para con el acreedor es, en cuanto al contenido, identifica a la obligación del deudor a quien se exime de la deuda. A diferencia de la novación, la asunción de deuda no puede introducir más que un simple cambio en la persona del deudor. La asunción de deuda puede concebirse, en cierto modo, como un acto de sucesión en la deuda, del mismo modo que el cesionario viene a ocupar por sucesión el lugar del

(48) VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", II Editorial Reus S. A., Madrid, 1934, N° 98, pág. 334.

(49) ENGEL, Pierre, "Traité des obligations en Droit Suisse", Editions Ides et Caleudes, Neuchatel, 1973, pág. 599; VON TUHR, op. cit., pág. 332.

(50) Según la terminología referida por Engel (op. cit., pág. 600).

(51) A esta figura el B.G.B., la denomina "asunción de cumplimiento" y corresponde al artículo 175 del Código de las Obligaciones. ENGEL, op. cit., pág. 600; VON TUHR, op. cit., pág. 332.

(52) No sólo, como hace resaltar el artículo 175, ap. 1° saldando el crédito al acreedor o asumiendo la deuda, sino también por medio de un contrato de novación o de compensación (expromisión o delegación) con el acreedor.

(53) ENGEL, op. cit., pág. 604.

cedente. La asunción de deuda versa sobre ésta en el estado que tenga en el momento de asumirse y, como la obligación de la persona que la asume sigue las huellas de la obligación del deudor, puede clasificarse como una promesa causal, a diferencia de la novación, que reviste casi siempre la forma de una promesa abstracta del nuevo deudor".⁽⁵⁴⁾

También existe en el derecho suizo, pero como figura atípica, la denominada "reprise de dette acumulatif". Consiste en la obligación que asume un tercero con el deudor de una relación para pagar la obligación al acreedor; este último tendrá mayor garantía de cumplimiento porque frente a su crédito se sitúan dos deudores solidarios (artículo 143). Esta asunción puede operarse de dos formas: a) en virtud de convenio entre el tercero y el deudor original en favor del acreedor quien, sin embargo, puede oponerse al mismo; o b) con base en un convenio entre el tercero y el acreedor directamente sin necesidad de consentimiento del deudor original, ni posibilidad de oposición. La doctrina suiza ha dicho que esta asunción es más que nada una "promesa de ejecución".^{(55) (56)}

En conclusión: como negocios modificativos del débito son regulados en el B.G.B. alemán y en el Código Civil Suizo de las Obligaciones la expromisión y el "accollo";⁽⁵⁷⁾ más exactamente se regula la asunción privativa bajo la forma de contrato estipulado entre acreedor y nuevo deudor o bajo la forma de contrato entre viejo y nuevo deudor, aceptado o ratificado por el acreedor. La asunción del débito genera, normalmente, eficacia privativa: la liberación del deudor original va acompañada de la sucesión a título particular en el débito por parte del nuevo obligado. Se considera que la autonomía negocial puede ejercitarse en el sentido de producir una asunción acumulativa o de que se genere una novación de la relación obligatoria más que una asunción privativa o una sucesión a título particular en la deuda, pero la disciplina contempla expresamente sólo el fenómeno sucesorio, que se efectúa mediante la asunción privativa de la deuda ajena.

(54) VON TURH, op. cit., pág. 340.

(55) En igual sentido nos habla el Código General de Austria en su artículo 1406.

(56) ENGEL, op. cit., pág. 608; VON TURH, op. cit., pág. 333, quien la denomina también "incorporación de deuda".

(57) Estos Códigos regulan la delegación ("anweisung") como el negocio mediante el cual el asignante pone a disposición de un tercero una prestación que debe ejecutar el asignado (que recibe del delegante la orden o el encargo de ejecutarla), y por ello sin ninguna consideración de las eventuales relaciones preexistentes. De ahí que el resultado final de la operación no será siempre y necesariamente la extinción de dos deudas (la del delegante frente al delegatario y la del delegado frente al delegante) sino que puede ser el nacimiento de dos créditos (uno del delegante frente al delegatario y otro del delegado frente al delegante). Con esto no pretendemos decir, obviamente, que la asunción privativa de la deuda no pueda realizarse en Alemania y Suiza a través de la delegación.

5. En la última fase de los trabajos preparatorios del Código Civil italiano de 1942, sus redactores tuvieron plena conciencia de la necesidad de dedicar una apropiada, específica y autónoma disciplina, fuera del campo de la novación,⁽⁵⁸⁾ a aquellas figuras negociales que de distintas maneras dan lugar a modificaciones subjetivas en el lado pasivo de la relación obligatoria y, además, la oportunidad de resolver, sobre el plano eminentemente práctico de los intereses, el discutido problema de la distinción entre novación subjetiva pasiva⁽⁵⁹⁾ y sucesión particular en la deuda. Esto se lee claramente en la Relación al Rey, N° 573, del citado Cuerpo de Leyes: "la novación se ha liberado, en la disciplina del nuevo Código, de la confusa promiscuidad en que el Código de 1865 había colocado la doble configuración objetiva y subjetiva".

Por eso puede afirmarse que el Código Civil italiano vigente regula de manera autónoma sólo la novación objetiva (artículos 1230-1234) y no contiene ya una disciplina particular de la novación subjetiva.⁽⁶⁰⁾

Y es precisamente sobre el plano práctico de los intereses y de su concreto modo de comportarse que esta orientación se explica perfectamente y que un tratamiento jurídico-positivo de la novación subjetiva a la par de ella parecería algo superfluo. Porque en el campo de las modificaciones (exclusivamente) subjetivas de la relación obligatoria las necesidades prácticas se satisfacen normalmente y más adecuadamente no con la novación, que en buena técnica jurídica debe operar con el mecanismo de la doble eficacia extintiva-constitutiva, sino más bien a través de los instrumentos que efectúan la cesión del crédito o la asunción (acumulativa o liberadora) de la obligación ajena. Fue en esta dirección hacia donde se movilizaron, como vimos, las codificaciones germánicas más modernas.

El legislador italiano del '42 se percató de que ninguna utilidad práctica podía tener la distinción entre novación subjetiva y sucesión en la deuda.⁽⁶¹⁾ En la Relación al Rey, N° 584, se lee: "Es probable que en abstracto sean bastante netos los criterios diferenciadores entre novación

(58) Campo en el que tradicionalmente desde tiempo de los romanos, y ya en época más moderna, con las codificaciones de corte napoleónico, el fenómeno había sido tratado.

(59) Por novación subjetiva se entiende la sustitución de uno de los sujetos de la relación, permaneciendo inalterados los elementos objetivos, pero extinguiéndose la obligación y surgiendo otra nueva.

La novación subjetiva puede referirse al cambio de acreedor (novación subjetiva activa) o al cambio de deudor (novación subjetiva pasiva). RESCIGNO, Pietro, "Novazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, XI, U.T.E.T., Torino, 1968, pág. 432.

(60) MAGAZZU, Andrea, "Novazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1978, págs. 780-781.

(61) El problema, como se sabe, se complica por la incidencia de muchas cuestiones de fondo: desde la legitimidad misma del concepto de sucesión hasta la justificación de la sucesión particular, pasando por la admisión de la sucesión en la deuda (ver infra, N° 2).

subjetiva por cambio de deudos y la sucesión en la deuda; pero es cierto que querer unir determinadas consecuencias jurídicas a los acuerdos destinados a producir novación y consecuencias distintas a los destinados, siempre hipotéticamente, a producir sucesión en la deuda, hubiere sido ofrecer un pésimo servicio a la práctica", especialmente si se piensa que "distinguir, en el caso concreto, si el intento práctico de las partes pueda considerarse dirigido a la novación o a la sucesión en la deuda, es casi siempre absolutamente imposible, no pudiendo pretenderse que los contratantes, normalmente ignorantes de conocimientos jurídicos, se representen sutilísimas distinciones".(62)

La citada Relación al Rey concluye: "... en definitiva, entonces, el planteamiento que el nuevo Código hace, se puede resumir así: a) ninguna relevancia práctica a la distinción entre novación y sucesión en la deuda; b) disciplina autónoma para los distintos institutos jurídicos a través de los cuales o se consigue el efecto de liberar al deudor original como consecuencia de la asunción de una obligación por parte de otro sujeto o se consigue el efecto de añadir un nuevo deudor al antiguo".

Para nadie es un secreto que un respetable sector de la doctrina italiana(64) desapruueba la actitud agnóstica asumida por el legislador del '42 ante el problema teórico de la distinción entre novación subjetiva pasiva y sucesión particular en la deuda y critica la solución normativa ofrecida que, como hemos visto, niega de raíz el significado práctico de tal distinción. Pero es también cierto que otros autores consideran meritoria la posición del legislador que con razón ha querido clausurar una larga discusión doctrinal y se ha esforzado exitosamente en simplificar la disciplina de la asunción de la deuda y adecuarla a las exigencias de la práctica, intento que debe ser respetado y secundado por el intérprete.(65) Como se aprecia, en el Código italiano del '42 "se han reducido al mínimo, si no es que del todo han desaparecido, las razones para distinguir la sucesión particular en la deuda de la novación subjetiva pasiva. Y en verdad entre la novación, que destruye la antigua obligación para sustituirla por una nueva relación, y la asunción privativa, que mantiene en vida la vieja relación cambiando el sujeto pasivo, no hay, desde el punto de vista conceptual, la brecha inseparable que una parte de la doctrina quería mantener abierta. La concepción romana de la 'expromissio', que pulveriza la antigua obligación, y la regulación alemana de la Schuldübernahme, que considera la deuda como una cosa capaz de ser transmitida de un patri-

(62) MAGAZZU, op. cit., pág. 782.

(63) MAGAZZU, op. cit., pág. 782.

(64) Entre quienes destacan BIGIAMI, CORRADO, STOLFI y en un primer momento hasta el mismo RESCIGNO.

(65) Entre otros MAGAZZU, op. cit., págs. 782 y sig.; RESCIGNO, Pietro, "Studi sull'accollo", Giuffrè Editore, Milano, 1958, págs. 12 y sig., 65 y sig. y 134 y sigs.; RODOTA, Stefano, "Espromissione", Enciclopedia del Diritto, XV, Giuffrè Editore, Milano, 1966, págs. 788 y sigs.

monio a otro, no son radicalmente distintas. Que el legislador contemple solo la novación, como hace el Code Civil y hacía el Código Civil italiano de 1865, o solamente la sucesión particular en la deuda, como hace el B.G.B., o la una y la otra, como sucede en el Código General Austriaco, o se limite a considerar, como oportunamente hace el Código italiano vigente, la liberación del deudor original, la disciplina positiva del fenómeno no resulta sustancialmente modificada".(66)

Similar resulta, como vimos, la posición del B.G.B. y del Código Suizo de Obligaciones en los que, a diferencia del italiano,(67) la novación subjetiva no es ni siquiera nombrada.

Podemos afirmar que en el sistema del Código Civil italiano del '42 la denominada "novación subjetiva" no tiene ya, ni siquiera en apariencia, aquellas características que parecían asimilarla a la novación objetiva; ella ha perdido definitivamente —si es que alguna vez la tuvo en el derogado Código Civil italiano de 1865— toda autonomía normativa y conceptual. Correctamente Messineo ha dicho que "la novación subjetiva pasiva debe concebirse hoy, no como figura per se, sino únicamente como uno de los posibles efectos de la delegación liberadora, de la expromisión liberadora y del 'acollo' liberador".(68)

En el fondo, la verdad es que, como afirma Magazzú, 'las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria son profundamente distintas a las modificaciones objetivas, porque, aunque con ello excluyamos la relevancia de la persona bajo particulares aspectos, sólo el objeto (el interés tutelado) funge en lo esencial como principio de individuación de la relación y sólo los cambios que lo afectan pueden incidir sobre la individualidad jurídica de la relación misma'.(69)

Entonces, mientras la novación objetiva constituye, en el sentir del legislador italiano, un instituto dotado (por su específica función) de autonomía normativa y conceptual, pudiendo ser construido, ya desde el ámbito de la "fattispecie", ya desde el ámbito de la eficacia, la llamada novación subjetiva no es una "fattispecie" negocial autónoma (caracterizada por una función específica) sino, a lo sumo, un suplemento de "fattispecie" que puede acompañar a los típicos negocios de asunción de la obligación ajena, para regular una modalidad, una clase de efecto.(70)

(66) RESCIGNO, "Debito (Successione nel)", Novissimo Digesto Italiano, V., U.T.E.T., Torino, 1960, págs. 192-193.

(67) El Código Civil italiano, en su artículo 1235, alude a la novación subjetiva pasiva, remitiendo a las normas reguladoras de la delegación, la expromisión y el "acollo".

(68) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979, pág. 405.

(69) MAGAZZU, op. cit., pág. 835.

(70) BARBERO, Domenico, "Sistema del Derecho Privado", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 327.

La verdad es que, en el ámbito de las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria, la novación va bastante más allá del interés práctico y más usual y corriente de las partes; ella representa un fenómeno excesivo respecto a los resultados que con las modificaciones subjetivas las partes pretenden conseguir: para hacer "químicamente pura" la asunción de la obligación ajena, para regular simplemente una clase de efecto, en síntesis, para hacer la disciplina de la obligación asumida por el tercero "independiente" frente a la de la obligación originaria, parece excesivo recurrir al esquema de la eficacia novativa con su doble vicisitud extintiva-constitutiva, como correctamente se la debe entender.

De todo lo que hemos dicho en torno a la novación subjetiva, resulta claro que el instituto ha sufrido, por obra del legislador italiano del '42, una progresiva reducción en su ámbito de aplicación. "Los intentos de revalorizar el instituto, para el que algunos desean conquistar nuevos territorios, tanto en el campo del Derecho Privado como en el ámbito del Derecho Público, nos parecen inclusive anti-históricos. . . En realidad la novación, como vicisitud extintiva de la obligación, constituye un hecho jurídico que va más allá del interés práctico de las partes de la relación. La regulación de la asunción privativa en los Códigos germánicos y el silencio, siempre en esos Códigos, sobre la novación subjetiva pasiva (que el epígrafe del artículo 1235 todavía menciona) reciben su más confirmada justificación precisamente de su correspondencia con los intereses de las partes. . .".⁽⁷¹⁾

En resumen lo que el Código Civil italiano del '42 hace es superar el problema de la distinción entre efecto novativo y privativo, relegándolo al plano de las cuestiones teóricas, extrañas a la previsión y al interés concreto de las partes y regular autónomamente las figuras de la delegación, expromisión y 'acollo' en sus formas acumulativa y liberadora (privativa y novativa). De manera breve pasaremos ahora a analizar estas figuras.

6. La delegación es uno de los instrumentos negociales capaces de efectuar el cambio del sujeto pasivo de la obligación y presupone, generalmente,⁽⁷²⁾ la existencia de una deuda (del delegante hacia el delegatario) y tiene como efecto una modificación en la posición pasiva, que puede consistir en la sustitución del antiguo deudor, que resulta liberado (delegación liberatoria) o en el ingreso en la obligación de un nuevo deudor junto al viejo (delegación acumulativa).⁽⁷³⁾

(71) RESCIGNO, "Novazione. . .", cit., pág. 434.

(72) El Código Civil italiano del '42 incluye, como negocio modificativo de la obligación a la delegación, considerando con ello como presupuesto ineludible de la delegación, la deuda del delegante frente al delegatario, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina mayoritaria en el sentido de que le da a la delegación un campo de acción muy restringido. Esto, como vimos, no sucede en los Códigos germánicos (véase infra, nota 57).

(73) RESCIGNO, "Delegazione (Diritto Civile)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 930.

Se la suele definir como "aquel conjunto de actos jurídicos mediante los cuales un sujeto (A), delegante, hace prometer o simplemente efectuar, con efecto sobre su patrimonio, una cierta prestación de otro sujeto (B), delegado, hacia un tercero (C), delegatario."⁽⁷⁴⁾

Como puede apreciarse, entonces, dos son los tipos de delegación, en atención a la clase de efecto jurídico que puede generarse: a) acumulativa, si el ingreso del tercero viene a fortalecer la situación del acreedor, ya que no hay liberación del deudor original, de donde ambos, tercero y deudor, son responsables solidarios del cumplimiento de la obligación; b) liberadora, si del ingreso del tercero resulta la liberación del deudor original. La delegación liberadora, siempre en atención a la modalidad del efecto que genere, se divide a su vez en dos: i) privativa, si la liberación del deudor es producto de una sucesión particular inter vivos en el débito; ii) novativa, si es consecuencia de una novación (la llamada novación subjetiva pasiva)⁽⁷⁵⁾ con su típico efecto extintivo-constitutivo.⁽⁷⁶⁾

La expromisión es un contrato mediante el cual un tercero, sin que medie delegación de su deudor, asume la deuda que tiene este último frente al acreedor.

Se enseña comúnmente que la expromisión está caracterizada por la iniciativa del tercero y por la absoluta separación, esto es la no intervención, del deudor original en la estipulación concluida por el acreedor y el tercero. Sobre esta base, y utilizando un explícito fragmento de la Relación al Rey (Nº 585), que precede al "Codice Civil de 1942, se suele afirmar que la expromisión se diferencia de la delegación por la falta de participación del deudor original, y del 'acollo' porque el esquema fundamental es realizado por el acreedor y el tercero.⁽⁷⁷⁾

En síntesis, como quiera que el instituto se manifieste, la expromisión se concreta en un negocio por medio del cual un tercero, con el consentimiento del acreedor, subintra espontáneamente en una relación obligatoria, sustituyéndose al sujeto pasivo original, cuyo consentimiento es totalmente irrelevante.⁽⁷⁸⁾

(74) GRECO, Paolo, "Delegazione (Diritto Civile)", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960, págs. 327-328.

(75) Sobre la que Greco dice (op. cit., pág. 332), con vista del artículo 1235 del Código Civil italiano vigente, que es "aquella en la que por delegación, expromisión o 'acollo', el deudor original es sustituido por otro y permanece con ello liberado".

(76) Más detalles sobre la delegación en CERTAD, op. cit., págs. 13-16. Consúltese también ANDREOLI, Marcello, "La Delegazione" C.E.D.A.M., Padova, 1937 y BIGIAMI, Walter, "La Delegazione", C.E.D.A.M., Padova, 1940.

(77) RODOTA, op. cit., págs. 782-783.

(78) QUAGLIARIELLO, Gaetano, "Espromissione", Novissimo Digesto Italiano, VI, U.T.E.T., Torino, 1968, pág. 883.

Al igual que en la delegación y en el 'accollo', en la expromisión también existe una bipartición que coloca junto a la expromisión acumulativa, la privacidad y la novativa como especies de la expromisión liberadora.⁽⁷⁹⁾ (80)

7. En términos poco técnicos y muy generales se dice que hay "accollo"⁽⁸¹⁾ siempre que se logre el resultado de adosar el peso de la deuda a un sujeto distinto del obligado original. Pero ya veremos que esto, que podríamos llamar el concepto económico de "accollo", por lo general nos lleva a confundir este instituto con otros con función similar.

El empleo del término "accollo" en el lenguaje legislativo italiano confirma la inoportunidad de utilizar el mismo término para indicar genéricamente la asunción de la deuda ajena, según el común significado literal de esa expresión, y sugiere más bien discurrir de "accollo" en el sentido específico a que se refieren los artículos 1273 a 1276 del Código italiano vigente, esto es, cuando el deudor ("accolante") y un tercero ("accolatario") convienen en que éste asuma la deuda de aquél, pudiendo el acreedor ("accolato") adherirse a dicha convención, haciendo irrevocable la estipulación hecha a su favor.⁽⁸²⁾

Los Códigos que lo contemplan consideran únicamente el caso del "accollo" con eficacia externa, es decir, oponible al acreedor (tercero), pero es evidente que no les está prohibido a las personas, con fundamento en la autonomía privada, la posibilidad de estipular válidamente un "accollo" con efectos puramente internos.

El "accollo" externo o con eficacia externa es aquel destinado a producir efectos jurídicos frente al acreedor, que precisamente es llamado a adherirse. Se presenta, por el contrario, el "accollo" interno o con eficacia interna o, como también se le llama, el "accollo simple" o "accollo de pago" cuando la convención entre tercero y deudor pone a cargo del primero la obligación de mantener indemne al segundo del peso de la deuda, pero no le confiere ningún derecho al acreedor; la eficacia del negocio se circunscribe, consecuentemente, sólo a las partes.

La ausencia, en los Códigos Civiles que regulan el "accollo", de una disciplina específica del "accollo simple" se explica, precisamente, en cuanto él, a diferencia del externo, no conlleva la derogatoria al principio general según el cual el negocio no produce efectos respecto de terceros.⁽⁸³⁾

(79) RODOTA, op. cit., pág. 782.

(80) Mayor información sobre la expromisión en CERTAD, op. cit., págs. 11-13 y en QUAGLIARIELLO, "L'espromissione", Jovene, Napoli, 1953.

(81) Véase infra, nota 22.

(82) RESCIGNO, "Accollo", *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1, U.T.E.T., Torino, pág. 142.

(83) CICALA, Raffaele, "Accollo", *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 284.

Claro que para determinar la naturaleza interna o externa del "accollo" es necesario tomar en consideración la voluntad de las partes (tercero y deudor); es decir, se debe determinar, casuísticamente, si las partes han querido o no que la convención produzca efectos frente al acreedor.

Con el "accollo" interno, entonces, el "accolante" puede asumir genéricamente frente al "accolatario" la obligación de procurar la liberación, sin asumir la deuda frente a su acreedor, bien pagando la deuda como tercero u obteniendo la remisión del débito a beneficio del deudor o estipulando con el acreedor una "datio in solutum", etc. También puede el tercero ("accolante") ejecutar el "accollo" asumiendo obligaciones específicas frente al "accolatario", como la de pagar la deuda como tercero, o la de asumir la deuda mediante expromisión liberadora o la de procurar al deudor la cosa para que cancele o bien la de reconstruir en el patrimonio del deudor el valor perdido con el cumplimiento de la obligación objeto del "accollo".

Pasando ahora al "accollo" externo, si el acreedor se adhiere al "accollo" y no declara expresamente que libera al deudor, éste permanece obligado solidariamente⁽⁸⁴⁾ con el tercero (a no ser que el "accollo" hubiere sido expresamente condicionado a la liberación del deudor original); es éste el denominado "accollo" acumulativo.⁽⁸⁵⁾

Si por el contrario, el acreedor declara expresamente que libera al deudor o si se adhiere al "accollo" expresamente condicionado a la liberación del deudor, éste se libera; es éste el denominado "accollo" liberador.⁽⁸⁶⁾

Se enseña comúnmente que el "accollo" liberador puede tener efecto novativo (extinción de la obligación original y, por ende, liberación del deudor, y constitución de una nueva obligación en cabeza del tercero subintrante) o bien efecto privativo (sucesión del tercero al deudor original, que resulta liberado, manteniéndose inalterados los elementos objetivos de la obligación original).

Se discurre de "accollo ex lege" o legal con referencia a aquellas hipótesis en que la ley pone a cargo de un sujeto una deuda ajena, normalmente como consecuencia de un negocio que no recae sobre una sola deuda sino sobre el bien o el conjunto de bienes al que la deuda alude.⁽⁸⁷⁾

(84) Algunos consideran que esa responsabilidad es, además subsidiaria, aplicando por analogía al "accollo" acumulativo la regla que el artículo 1268 párrafo 2º del Código Civil italiano dicta para la delegación. RESCIGNO, "Accollo", cit., pág. 142.

(85) CICALA, op. cit., pág. 285.

(86) Ahora bien; si los contratantes han puesto como condición la liberación, el acreedor que quiera conservar al viejo deudor no puede modificar los términos del "accollo"; deberá entonces rechazarlo, conservando así al obligado original, sin adquirir la garantía ofrecida por el tercero. Así RESCIGNO, "Accollo", cit. pág. 142.

(87) RESCIGNO, "Accollo", cit., pág. 143.

Como el "acollo" convencional o voluntario, el legal ha sido también dividido tomando en cuenta los casos más significativos disciplinados en los Códigos, así: a) "acollo" interno "ex lege", que se presenta cuando la ley impone a un sujeto relevar de una obligación a otro sujeto, pero no le confiere al acreedor una acción directa contra el primero;⁽⁸⁸⁾ b) "acollo" acumulativo "ex lege", que se da cuando a determinadas figuras la ley anexa la adquisición de un nuevo obligado para el acreedor, sin que sea necesaria ninguna actividad de parte suya, bien sea para reforzar la garantía del acreedor;⁽⁸⁹⁾ o como consecuencia de la transmisión del interés por el que fue contraída la obligación; o para la formación de una comunión de intereses con el deudor original;⁽⁹⁰⁾ y c) "acollo" privativo "ex lege" que se genera cuando la ley dispone el traspaso de la deuda.⁽⁹¹⁾

En conclusión: el momento común a las tres figuras brevemente examinadas de la delegación, la expromisión y el "acollo" es la asunción de la deuda ajena, ya en forma acumulativa, ya en forma liberadora (con efecto privativo o novativo). En ellas participan tres sujetos: el deudor original, el acreedor y el tercero. Para cambiar al sujeto pasivo de la obligación, la intervención del deudor original no es indispensable —como lo demuestra al disciplina de la expromisión—; pero en todas se requiere la participación del tercero que asume la deuda (llámese delegado, expromitente o "accollante") y una manifestación de voluntad del acreedor.

8. Según la enseñanza dominante (y según todo lo que hasta aquí hemos visto), la liberación del deudor original en la relación obligatoria puede producir novación, de esa relación, (precisamente la denominada novación subjetiva pasiva) o bien simple sucesión a título particular del nuevo deudor (en esa misma relación). En el primer supuesto, y en un sentido estrictamente técnico, la vieja relación se extingue y es sustituida por una nueva relación obligatoria cuyas partes serán el acreedor original y el tercero que subintró. En el otro supuesto, la relación persiste, salvo el cambio del sujeto pasivo.

Ahora bien; la liberación del deudor puede producirse como efecto de una delegación, de una expromisión o de un "acollo", de donde junto a la delegación, expromisión y "acollo" novativos, existen también la delegación, expromisión y "acollo" privativos, destinados a efectuar la mera sucesión singular en la obligación. "La distinción tiene relevancia jurídica

(88) Como ejemplos dentro de nuestro ordenamiento jurídico podríamos citar los artículos 353, 607 y 1298 del Código Civil.

(89) Como ejemplos de esta hipótesis podemos citar en Costa Rica los artículos 1264 del Código Civil y 125 del Código de Comercio.

(90) Como ejemplos en nuestro país de esta forma "acollo" legal se pueden mencionar los artículos 28 y 65 del Código de Comercio.

(91) Mayor información sobre el "acollo" en CERTAD, op. cit., págs. 16-19. Muy interesante también es la posición del profesor CICALA en "Saggi", L'Arte Tipográfica, Nápoli, 1969, págs. 130 y sigs.

en relación al régimen de las excepciones e incide sobre la suerte de las garantías que asistan al crédito: sólo en el caso de sucesión las excepciones "rei cohaerentes" se transmiten al nuevo deudor y se mantienen las garantías y los accesorios del débito; mientras que en el caso de novación, las excepciones no pasan y las garantías y los accesorios de la obligación se extinguen".⁽⁹²⁾

En conclusión: si bien la delegación, la expromisión y el "acollo" constituyen los esquemas negociales típicos destinados a efectuar, en los Códigos Civiles más modernos, la modificación de la relación obligatoria,⁽⁹³⁾ la verdad es que sólo con el efecto privativo de esas figuras se realiza, *stricto sensu*, la sucesión inter vivos a título particular en el débito.

9. Como ha quedado expuesto, el problema de la admisibilidad de una sucesión inter vivos a título particular en la deuda comenzó a debatirse seriamente entre la doctrina civilista europea en la segunda mitad del siglo pasado y no fue sino hasta fines de ese mismo siglo que se la reguló expresamente en los Códigos Germánicos.

Nuestro Código Civil, al igual que el Code Civil Napoleon y de todos los Códigos civiles que de una manera directa o indirecta en él se inspiraron,⁽⁹⁴⁾ regula únicamente, como instituto dirigido a efectuar, por acto inter vivos, la sustitución del deudor en la relación obligatoria, la novación,⁽⁹⁵⁾ en el Libro III "De las Obligaciones", Título V "De los otros medios de extinguirse las obligaciones", Capítulo I "De la novación".

(92) RESCIGNO, "Debito (Successione nel)" cit., pág. 192.

(93) RESCIGNO, "Delegazione (Dirito Civile)", cit., pág. 933.

(94) Nuestro Código Civil fue promulgado el 26 de abril de 1886 y entró en vigencia el 1° de enero de 1888. "El Código francés llegó al nuestro por la consulta que los redactores hicieron, necesariamente, del Código General de 1841, que parece haber sido obra personal del propio Braulio Carrillo. El Código de Carrillo era, en muchas partes, una traducción casi literal del francés. Pero también la comisión redactora consultó el Código Civil chileno, redactado por el eminente sabio venezolano Andrés Bello. El ordenamiento chileno recogía las bases del código francés, que por su medio llegaron a Costa Rica. También esa influencia refleja del Código Napoleón se observa por el análisis que la comisión redactora hizo del proyecto del Código Civil español (conocido como proyecto García Goyena, de 1851, que fue la base del Código Civil español de 1888), que también se fundamentaba en aquel cuerpo de leyes". BAUDRIT, Diego, "Las influencias en el Código Civil", periódico La Nación, San José, 20 de abril de 1986, pág. 15-A.

(95) "... la importancia que a la novación se le dio, en épocas pasadas, ha disminuido considerablemente en nuestros días, pues actualmente la mayor parte de su utilidad práctica, es obtenida por procesos técnicos más modernos, ya que a medida que se ha ido afirmando la transmisibilidad de las obligaciones, la cesión de créditos es la institución que ha absorbido todo el interés, especialmente en cuanto a la novación subjetiva... son pocos los casos en la vida moderna, que se presentan, y en los que se debe realizar no sólo una función traslativa, sino extintiva de la relación jurídica, situación que explica la declinación persistente de la institución, que se ha manifestado

En lo que respecta a las modificaciones subjetivas, el artículo 814 dispone:

"La novación se efectúa . . . :

2º Cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo un nuevo deudor en reemplazo del primero".(96)

El profesor Brenes Córdoba al respecto comenta: "Por fin, sobreviene novación por cambio de deudor, siempre que el acreedor acepte que un tercero reemplace a aquél como obligado.

Cuando esto ocurre porque sea el deudor quien presenta al tercero para que haga sus veces, se dice que hay 'delegación'. Se llama delegado al nuevo deudor y delegante al antiguo. Y cuando el deudor sustituto se ofrece espontáneamente, el caso es calificado de expromisión (promesa de sí mismo), siguiendo el tecnicismo del Derecho Romano".(97)

Reconoce entonces don Alberto, con buen criterio que nosotros compartimos, que la norma sub-examine contempla tanto la delegación como la expromisión liberadoras con efecto novativo. No menciona el comentarista al "accollo". Es nuestro criterio, ya vertido hace algunos años, que el comentado inciso cubre también la hipótesis del "accollo" cuando de él se produzca, claro está, la novación de la deuda ("accollo" liberador novativo): la redacción tan genérica de la norma nos permite cómodamente esta interpretación.(98)

Otro artículo que debe ser cuidadosamente examinado en nuestro Código Civil es el 819:

"La simple indicación hecha por el deudor de persona que deba pagar por él, no produce novación.

La delegación, aunque obliga directamente al delegado para con el acreedor que lo acepta, no produce novación por sí misma, sino cuando es acompañada o seguida de descargo total hecho

particularmente en la legislación civil alemana, cuyo Código admite la transmisión directa de los créditos y de las deudas, con lo que la novación subjetiva ha sido relegada a un segundo plano, y la objetiva se ha considerado como un tipo de dación en pago . . .". SOTO GAMBOA, María de los Angeles, "La novación. Aspectos históricos. Concepción actual y tipologías de la novación objetiva", Revista Judicial Nº 12, año III, San José, junio de 1979, pág. 26.

(96) Nótese el parecido de esta norma con el inciso 2º del artículo 1271 del Código Civil francés. Ver infra Nº 3.

(97) BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las obligaciones", Editorial Juricentro, San José, 1977, Nº 432, pág. 168.

(98) CERTAD, op. cit., pág. 22.

de un modo expreso por el acreedor en provecho del delegante".(99)

Afirma don Alberto: "El simple encargo que haga un deudor a un tercero para que pague por él, no implica por sí solo novación aún en el supuesto de que el acreedor manifieste estar de acuerdo, pues de ello no se desprende de modo necesario su anuencia de prescindir del deudor primitivo, siendo lo más fundado suponer que se trata simplemente de una recomendación o comisión de pago y no de novar la deuda".(100)

Se trata ésta, sin lugar a dudas, de lo que los franceses denominan "la delegación imperfecta", en donde la deuda que la delegación origina, en lugar de suprimir la obligación original, se coloca junto a ella. Es ésta la delegación que nosotros aquí hemos llamado "acumulativa".(101)

Tenemos así que la delegación, en sus dos formas (acumulativa y liberadora novativa) está expresamente regulada por nuestro Código Civil. Esto nos lleva a una irremediable conclusión: no obstante que el Capítulo I, Título V, Libro III del Código de repetida cita se denomine "de la novación", no se trata de novación en su acepción técnico-jurídica (extinción-constitución), sino en el más amplio significado de "modificación de la relación obligatoria".

Debemos atribuir esta impropiedad conceptual de nuestro legislador del '86 a la misma impropiedad de conceptos de que adolece sobre el particular el Code Napoleon que, como se dijo, es fuente inspiradora de nuestra normativa. El empleo ordinario que se hace de la delegación entre personas que son, las unas de las otras, acreedoras y deudoras, hizo que los legisladores confundieran a menudo la delegación con la novación. Un lamentable error que ni el mismo Pothier pudo evitar.(102)

La delegación no es novación; es una convención especial, análoga al mandato, que persigue obtener del delegado alguna estipulación. La novación —que bien puede resultar de una delegación— no es más que una consecuencia posible, nunca necesaria de la operación: ella supone, ante todo, que las partes estén ligadas entre sí por una obligación anterior que tienen la intención de extinguir, dejando subsistente, únicamente, la nueva obligación. Si falta dicha intención, habrá delegación y nunca novación.

En cuanto a la expromisión acumulativa, nuestro Código no se manifiesta pero seguimos creyendo nosotros que su procedencia en Costa Rica

(99) Nótese la similitud existente entre el párrafo primero de este artículo y el 1277 del Código Civil francés y entre el párrafo segundo y el 1275 ejsdem. Ver infra Nº 3.

(100) BRENES CORDOBA, op. cit., Nº 435, págs. 169-170.

(101) Véase infra Nº 6.

(102) POTHIER, "Obligations", III, réédité par M. Masson, Paris, 1883, Nº 600.

se desprende de una interpretación extensiva del mismo artículo 819 (recordemos que la distinción entre 'expromissio' y 'delegatio' es sumamente sutil, lo que nos permite llegar a ese resultado sin "retorcer" demasiado la norma),⁽¹⁰³⁾ máxime si la expromisión novativa está contemplada expresamente en nuestro Código, como demostramos líneas atrás, en el inciso 2º del artículo 814. Habrá entonces expromisión acumulativa (o imperfecta como la llaman los franceses) cuando el acreedor no acompañe o siga a la expromisión de descargo total hecho de un modo expreso en provecho del exprometido.

No creemos, sin embargo, que pueda utilizarse el mismo orden de ideas para reconocer al "acollo" acumulativo, pues esta asunción de deuda se produce en la dirección deudor-tercero, mientras que la expromisión y la delegación se forman en la dirección acreedor-tercero.⁽¹⁰⁴⁾

Como puede claramente notarse, por fuera de nuestra normativa quedan las verdaderas hipótesis de sucesión a título particular inter vivos en la obligación, esto es, la expromisión, la delegación y el "acollo" liberadores privativos. Precisamente basándose en tal circunstancia, esto es, en que los Códigos Civiles de inspiración napoleónica regulaban expresamente tanto la sucesión en el débito *mortis causa* a título universal cuanto la sucesión en el crédito a título particular, únicamente, vimos cómo una parte de la doctrina sostenía que la sucesión en el débito a título particular debía considerarse excluida.⁽¹⁰⁵⁾

La pregunta es: ¿es posible, bajo el imperio de nuestro Código Civil, admitir la sucesión inter vivos a título particular en las deudas, tal y como ella está organizada, entre otros, en los Códigos germánicos y en el italiano?

Con anterioridad a la promulgación de los Códigos germánicos, y hoy en aquellos países en donde la legislación no contempla expresamente la sucesión en la deuda, la mayoría de la doctrina era propensa a considerar admisible la sucesión inter vivos a título particular en la obligación, aunque si bien no existía consenso en la individualización de las figuras que le permitían a las partes realizarla. Al argumento del silencio del Código, utilizado por algunos para no admitir el instituto en cuestión, se le oponía —y todavía algunos lo hacen—⁽¹⁰⁶⁾ que al efecto de hacer subintrar un nuevo sujeto en la posición del deudor original, sin modificar los elementos objetivos de la relación obligatoria, podía llegarse con fun-

(103) CERTAD, op. cit., pág. 22.

(104) CERTAD, op. cit., pág. 22. Parece sugestivo admitirlo por la vía de la autonomía privada o libre contratación como una vez lo admití. Ahora, como quedará expuesto en el texto, tengo mis serias dudas.

(105) CARRESI, Franco, "Débito (*Successione nel*)", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 744.

(106) Nosotros mismos en alguna oportunidad nos inclinamos por esta tesis. Ver CERTAD, op. cit., págs. 23-24.

damento en el principio de la autonomía privada, es decir, en el principio de la libre contratación y en el de que, en derecho privado, lo que no está expresamente prohibido está permitido.

Otro argumento utilizado frecuentemente para negarle ingreso a esta figura es la afirmada incompatibilidad lógica de considerar idéntica una obligación cuando cambia la persona del deudor; pero a esto se opuso que también en la sucesión *mortis causa*, cambia el deudor, sin que esto implique modificación alguna a la relación originaria.

Naturalmente, quienes afirmaban que era configurable una sucesión a título particular en la deuda eran contestes en sostener que tal efecto sólo se podía conseguir con el consentimiento del acreedor (además del deudor y de quien se ofrecía a sucederlo) y, en el caso de que hubieren sido otorgadas garantías por parte de terceros, también con el consentimiento de éstos; y algunos precisaban que tales consentimientos (del acreedor y de los terceros garantes) debían dirigirse no sólo a permitir la sustitución del deudor, sino además a configurar la nueva relación como idéntica a la preexistente, en defecto de lo cual debía hablarse más propiamente de novación subjetiva pasiva y no de sucesión a título particular en el débito.⁽¹⁰⁷⁾

El sugestivo argumento de la autonomía privada no nos parece ya tan valedero.⁽¹⁰⁸⁾ Con anterioridad a la promulgación del Código Civil italiano de 1942 dos jóvenes, pero ya insignes y respetables juristas italianos, Rosario Nicoló y Walter Bigiavi, hicieron ver que el citado principio, sobre el que se fundaban los simpatizantes de la sucesión a título particular en la deuda, a falta de una disposición que expresamente contemplara tal forma de sucesión —tal era el caso del Código Civil italiano de 1865, entonces vigente—, no podía, en el caso específico, ser de algún válido subsidio, porque la sucesión, como dejamos claramente demostrado líneas atrás,⁽¹⁰⁹⁾ es un fenómeno que encuentra su fuente inmediata y su exclusiva legitimación en la norma jurídica y, más precisamente, en aquella específica valoración que la norma hace de una determinada relación jurídica, la cual es considerada, desde un punto de vista formal, como idéntica a la situación preexistente en cabeza de otro sujeto.⁽¹¹⁰⁾

Ahora bien; si demostramos que en nuestro ordenamiento jurídico —porque tampoco nuestro Código de Comercio, no obstante ser de 1964 (i),

(107) CARREST, op. cit., pág. 744.

(108) "La autonomía privada no puede socorrer a las partes cuando se trata de elaborar un esquema de acto destinado a efectuar una sucesión en la relación jurídica, porque sólo la ley puede atribuirle a un acto eficacia frente a terceros, de donde el recurso a la autonomía privada sólo es posible a propósito de actos que producen efectos sólo entre las partes". CARRESI, op. cit., pág. 747.

(109) Véase infra, N° 2.

(110) BIGIAVI, op. cit., págs. 121-122.

contempla este instituto en las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos (Libro II, Título I, Capítulo I)— semejante norma no existe, debemos concluir, necesariamente, que la figura sub-examine debe considerarse, de *iure condito*, excluida. Sin embargo, la circunstancia de habernos dedicado al estudio del Derecho Mercantil y la necesidad que imponen los tiempos modernos de una tremenda agilidad en la trasmisión de los créditos, sobre todo y precisamente dentro de las relaciones jurídicas mercantiles, nos hacen considerar la posibilidad de darle ingreso a esta forma de sucesión en lo tocante a las obligaciones mercantiles. Claro que, como ya dijimos, nuestro Código de Comercio no contiene la norma de ley que dé sustento a esta sucesión; pero los usos mercantiles —a los que alude claramente el artículo 3 *ibídem* y que, de conformidad con el artículo 2, son fuente de nuestro Derecho comercial—, contemplan la sucesión en el débito como una figura particularmente apta para responder a las exigencias del comercio. Y es que la verdad es, que los cambios relevantes y más usuales en la posición pasiva de la relación obligatoria se producen, generalmente, en relaciones comerciales (objetiva y subjetivamente comerciales).⁽¹¹¹⁾

10. La conclusión alcanzada en esta investigación nos deja bastante perplejos. No debe olvidarse la muy meritoria obra realizada por la doctrina civilista europea, empeñada, desde la segunda mitad del siglo XIX, a reconstruir sobre distintas y más idóneas y sólidas bases institutos del derecho de las obligaciones que, tradicionalmente regulados en el terreno de la novación, necesitaban de una disciplina jurídica autónoma, adecuada a su específica función surgida con claridad en la experiencia jurídica moderna, sobre todo en lo que a las relaciones mercantiles respecta.

La asunción de la deuda ajena es un instituto ligado al régimen de las vicisitudes de la relación jurídica y, en particular, a las modificaciones subjetivas de la obligación. Las figuras al través de las cuales esta asunción se realiza presuponen la existencia de la deuda y tienen como efecto inmediato un cambio en la posición del deudor. La celeridad de las transacciones modernas exigen ordenamientos jurídicos preparados para brindarles instrumentos aptos para su propio desarrollo. No es posible que la procedencia de estas figuras dependa de una interpretación doctrinal o jurisprudencial, de una determinada tesis, punto de vista o posición que, por su naturaleza, es cambiante.

Ha llegado la hora de promulgar un nuevo Código Civil que incluya y regule pormenorizadamente los institutos al través de los cuales se genera la sucesión *inter vivos* a título particular en la obligación. Esta problemática no es nueva; el tema ha sido objeto de análisis y discusión en otras latitudes. Con la promulgación del Código Civil italiano de 1942, el legislador de ese país tuvo que tomar una decisión; decisión que no-

(111) Esta posición fue sostenida con vehemencia en Italia por BIGIAMI, op. cit., págs. 122 y sigs.

sotros avalamos plenamente. No sabemos si lo correcto es seguir el camino italiano o el germánico; eso podría dejarse para una discusión posterior; pero lo que sí sabemos es que el derecho moderno exige soluciones rápidas y concretas para los problemas cotidianos y la regulación de la asunción de la deuda ajena es algo inminente e indispensable.

Y es que este clamor por un nuevo Código Civil parece estar en las gargantas ahogadas de todos quienes amamos el Derecho privado en Costa Rica: la Doctora María de los Angeles Soto en alguna ocasión afirmó, a propósito de la novación: "Cosa muy distinta ha sucedido en Costa Rica, en donde los pronunciamientos jurisprudenciales son escasos y de poca importancia, razón que justificaría la afirmación de que el instituto novativo, regulado en el capítulo dedicado a los otros modos de extinguirse las obligaciones, ha sido de poca utilidad práctica en nuestro medio".⁽¹¹²⁾

Concluimos diciendo que ante la impostergable promulgación de un nuevo Código Civil, el legislador se verá enfrentado a tomar, ante el problema de la asunción del débito ajeno, alguno de estos dos caminos: o regula expresamente los institutos idóneos para realizar la sucesión a título particular en la deuda (expromisión, delegación, "accollo" liberadores privativos y, por qué no, la cesión del contrato), siguiendo la vía ya abierta por los Códigos germánicos y el italiano del '42; o bien que, de la renovada disciplina de los institutos por medio de los cuales tradicionalmente se realiza la sustitución de un nuevo deudor al original, que resulta liberado ("delegatio" y "expromissio"), resultara claramente que tal sustitución implica siempre, en todo caso, necesariamente, la extinción de la preexistente relación obligatoria y el surgimiento de una sucesiva y distinta relación, con un nuevo deudor; es decir, que se produjere siempre una novación. Lo que no podemos hacer es evadir el problema o, lo que es peor aún, seguir de brazos cruzados.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREOLI, Marcelo, "*La delegazione*", C.E.D.A.M., Padova, 1937.
- ARIAS RAMOS, J., "*Derecho Romano*", II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- BARBERO, Domenico, "*Sistema del Derecho Privado*", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.
- BAUDRIT, Diego, "*Las influencias en el Código Civil*", periódico La Nación, San José, 20 de abril de 1986.
- BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, "*Traité theorique et pratique de droit civil*", III (Des obligations), Librairie de la société du Recueil J. - B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908.
- BIGIAVI, Walter, "*La delegazione*", C.E.D.A.M., Padova, 1940.
- BRENES CORDOBA, Alberto, "*Tratado de las obligaciones*", Editorial Juricentro, San José, 1977.
- CARBONNIER, Jean, "*Droit Civil*", IV, Paris, Presses Universitaires de France, 8eme. édition, mise à jour, 1975.
- CARRESI, Franco, "*Debito (Successione nel)*", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffré Editore, Milano, 1962.
- CERTAD M., Gastón, "*Breves apuntes en tema de sucesión en el débito. (Expromisión, Delegación, 'Accollo')*" en Revista Judicial N° 9, Año III, San José, setiembre de 1978).
- CICALA, Raffaele, "*Accollo*", Enciclopedia del Diritto, I, Giuffré Editore, Milano, 1958; "*Saggi*", L'Arte Tipografica, Napoli, 1969.
- "*Diccionario de la Lengua Española*", Real Academia Española, XIX Edición, Madrid, 1970.
- DIEZ-PICAZO, Luis, "*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*", I, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- ENGEL, Pierre, "*Traité des obligations en Droit Suisse*", Editions Ides et Caludes, Neuchatel, 1973.
- ENNECERUS, Ludwing, "*Tratado de Derecho Civil*", Tomo II, Vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.
- GAUDEMET, Eugène, "*Teoría General de las obligaciones*", Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.
- GRECO, Paolo, "*Delegazione (Diritto Civile)*", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960.
- LARENZ, Karl, "*Derecho de Obligaciones*", I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- LAURENT, H., "*Principes du droit civil français*", XXV, Bruxelles, 1898-1903.

- LEBRUN, Auguste, "*Cession de dette*", Dalloz Enciclopedia Juridique, Repertoire de Droit Civil, Paris, Jurisprudence Général Dalloz, 2eme. edition, II, 1971.
- MAGAZZU, Andrea, "*Novazione (Diritto Civile)*", Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Giuffré Editore, Milano, 1978.
- MAZEAUD, Henri, Leon et Jean, "*Lecciones de Derecho Civil*", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960.
- MESSINEO, Francesco, "*Manual de Derecho Civil y Comercial*", IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979.
- NICOLO, Rosario, "*L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui*", Giuffré, Milano, 1936; "*Successione nei diritti*", en Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1971.
- PETIT, Eugene, "*Tratado elemental de derecho romano*", Edinal, México, 1958.
- PLANIOL, Marcel, "*Traité élémentaire de droit civil*" II, Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Ancienne Librarie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librarie F. Pichon réunies, Paris, 1917.
- POTHIER, "*Obligations*", III, reédité par M. Masson, Paris, 1883.
- PUGLIATTI, Salvatore, "*Acquisto del diritto*", en Enciclopedia del Diritto, I, Giuffré Editore, Milano 1958.
- QUAGLIARIELLO, Gaetano, "*Espromissione*", Novissimo Digesto Italiano, VI, U.T.E.T., Torino, 1968; "*L'espromissione*", Jovene, Napoli, 1953.
- RESCIGNO, Pietro, "*Accollo*", Novissimo Digesto Italiano, I, 1, U.T.E.T., Torino; "*Debito (Successione nel)*", Novissimo Digesto Italiano, V, U.T.E.T., Torino, 1960; "*Delegazione (Diritto Civile)*", Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffré Editore, Milano, 1962; "*Manuale di Diritto Privato*", 2ª edizione, Jovene Editore, Napoli, 1975; "*Novazione (Diritto Civile)*", Novissimo Digesto Italiano, XI, U.T.E.T., Torino, 1968; "*Studi sull'acollo*", Giuffré Editore, Milano, 1958.
- RODOTA, Stefano, "*Espromissione*", Enciclopedia de Diritto, XV, Giuffré Editore, Milano, 1966.
- SALEILLES, "*Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le project de Code Civil allemand*", Paris, 1890.
- SOTO G., María de los Angeles, "*La novación, Aspectos históricos. Concepción actual y tipologías de la novación objetiva*", Revista Judicial N° 12, Año III, San José, junio de 1979.
- VON TUHR, Andreas, "*Tratado de las obligaciones*", II, Editorial Reus S. A., Madrid, 1934.