

(Sentencias 22-V-912 y 8-III-933) y, por otro, con una disposición poco clara de la LEC. que ya había recibido el impacto reiterado de una interpretación antitética. Era indudable que las Audiencias, al constituirse con tres Magistrados y decidir por votación unánime procesos autónomos que no fueran de menor cuantía, no incurrieran ya en quebrantamiento de forma, puesto que se limitaban a dar a los arts. 317 y 348 de la LEC. el mismo valor que les había otorgado la Jurisprudencia. Así, pues, al no mediar detrimento de la Justicia, que impusiera un cambio, el Tribunal Supremo obró con la mayor cordura, prefiriendo mantener una doctrina *cierta* antes que rectificar en pro de una interpretación más probable, pero de muy poca o ninguna importancia.

Así todo, para prevenir discordias, cuando la sentencia requiera tres votos conformes, no parece prudente constituir la Sala con sólo este número de Magistrados.

II

Con un propósito plausible de afrontar todos los problemas planteados, la sentencia se ocupa también, en su segundo considerando, de una cuestión que, si ya era inoperante para el éxito del recurso—frustrado por la declaración anterior—ofrecía, en cambio, cierto interés teórico. Dicha cuestión es ésta: La constitución defectuosa del Tribunal ¿encaja en la hipótesis del art. 1.697 ó, por el contrario, en la regla general del 1.696?

El Tribunal Supremo entiende que el art. 334 de la LEC. brinda una excelente oportunidad para que la parte agraviada reclame, durante la vista, contra la defectuosa constitución del Tribunal.

Esta doctrina, ya establecida en sentencia de 5 II-934. es, a mi juicio, irreprochable, pues en la vista existe, evidentemente, momento procesal adecuado para pedir la subsanación de la falta. Es a partir de la conclusión de este trámite cuando ya no cabe formular reclamación alguna, y, entonces, y sólo entonces, se estará frente a las condiciones hipotéticas a que el art. 1.697 alude y se aplica.

José LOIS ESTEVEZ

2. Asunción de deuda

SENTENCIA 10 FEBRERO 1950 (*)

COMENTARIO

1. A partir del fundamental estudio de De Diego (*Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912), nuestra doctrina es francamente favorable a la transmisibilidad de los débitos por título particular.

Los anotadores del Tratado de Enneccerus, Pérez González y Alguer, siguiendo el rastro del llorado maestro, realizaron un fino análisis exegético

* Vide los antecedentes, motivos y considerandos en el fasc. 3, t. III de este ANUARIO.

de los preceptos del Código civil atinentes a la novación que les condujo a las siguientes conclusiones:

1.^a El término novación, a la luz de los precedentes inmediatos del Código civil y del articulado del mismo, puede significar tanto la extinción de una obligación preexistente mediante la creación de una obligación nueva como la modificación de una obligación que subsiste con la variación, sustitución o subrogación de alguno de sus elementos.

2.^a No hay precepto en el Código civil español que de un modo inequívoco sancione que la sustitución de la persona del deudor implique *a fortiori* la extinción de la obligación primitiva y la creación de una nueva.

3.^a La novación no se presume, y esta ausencia de presunción debe referirse también al caso de sustitución de deudor.

4.^a El Código civil español no regula la institución de la asunción de deuda, pero no prohíbe ni excluye el que se lleve a la práctica (1).

Hoy, esta doctrina ha tenido ya una expresa consagración jurisprudencial, reconociendo en un buen número de sentencias recaídas sobre supuestos de no-

(1) Anotaciones al *Tratado de Derecho civil*, de ENNECOBRUS, t. II, vol. 1, págs. 410 y siguientes, esp. pág. 414; DE DIEGO, *Op. cit.*, págs. 268-293, que contienen, más que en germen, bastante elaborados, ya los razonamientos desenvueltos por PÁREZ y ALGUER para justificar la naturaleza *bifronte*—extintiva y modificativa—de la novación española. En el mismo sentido, entre otros, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 6.ª ed. revisada, t. II, Madrid, 1943, págs. 581-582; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, t. III, Madrid, 1924, pág. 282; BONET, *Comentario a la sentencia del T. S. de 22 de febrero de 1946*, en *Revista de Derecho privado*, 1946, pág. 550-551; PUIG PANA, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, vol. I, Madrid, 1946, págs. 153-155, y, últimamente, AZURZA, *Notas sobre novación en Revista de Derecho privado*, julio-agosto de 1950, págs. 595-599.

Al margen de esta directrix, admiten también en nuestro derecho la transmisión pasiva de las obligaciones por título singular, GONZÁLEZ PALOMINO y COSSÍO. Para el primero, en nuestro derecho, la novación (que es una forma de extinguir obligaciones) exige uno de estos dos requisitos alternativos: el «animus novandi» o la incompatibilidad de las obligaciones (art. 1.204). Faltando ambos no habrá novación. Habrá otra cosa (cesión de crédito o asunción de deuda). (*La adjudicación para pago de deudas*, apartado IV, *Nota sobre la transmisión pasiva de obligaciones en el Derecho español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Año I, 1945, págs. 219-237, esp. pág. 227). Por su parte, COSSÍO en su brillante conferencia *La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular* (ibídem, págs. 187-206), fundamenta la posibilidad legal de la asunción de deuda dentro del Código, no sobre la base y obsesión de creer que la novación pueda ser meramente modificativa, sino simplemente aprovechando la regulación que de ella hace el Código civil, atendiendo, más bien que a la nomenclatura, a sus consecuencias. Pero, aun dentro de su valiosa construcción, se observa que la distinción entre novación extintiva y no extintiva, que late en el artículo 1.204, no está desprovista de fundamento ni es indiferente, como el propio COSSÍO se ve obligado a reconocer al determinar el alcance del artículo 1.207. (*Vide op. cit.*, págs. 196-196.)

En sentido contrario tan sólo se manifiestan, según nos consta, ROCA SASTRE y PUIG BRUJAR (*La transmisión pasiva de las obligaciones*, en el vol. I de sus *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, págs. 295-321, esp. págs. 297-300 y 318), quienes se hacen eco de las críticas generales negadoras del concepto de cesión de deuda. A su juicio, seguir manteniendo que la deuda no ha cambiado, después de haber pasado a otro deudor, de estar respaldada por un patrimonio distinto y de haberse extinguido los derechos accesorios de garantía, parece un intento infructuoso. Los efectos de la sustitución de deudor son, en realidad, los propios de la extinción de la obligación antigua y de la creación de otra nueva entre el acreedor y el nuevo deudor (*op. cit.*, pág. 318). Sobre todo esto, *vide* lo que decimos más adelante.

vación objetiva, que junto a la novación tradicionalmente considerada como extintiva, hay lugar para una «novación meramente modificativa» (2), y más tarde, dando entrada abiertamente en nuestro ordenamiento a la llamada asunción de deuda (*Schuldübernahme*), dentro de la amplia y generosa mecánica novatoria del Código civil.

La sentencia de 22 de febrero de 1946, por vez primera, alude al instituto al decir en uno de sus considerandos que «aun cuando nuestro Código civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor invocadas en el recurso—artículos 1.203, núm. 2.º, 1.204 y 1.205—, y si bien es cierto que éstas exigen para la eficacia de dicho cambio que el acreedor preste su consentimiento, lo que puede verificarse por el acreedor en cualquier momento y forma, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1908 (debe entenderse 16 de junio) (3), es del mismo modo manifiesto que este requisito, como sostiene la sentencia de 13 de abril de 1918, está establecido en beneficio del acreedor y no puede ser alegado por los causahabientes del deudor, y por ello no cabe estimar en el caso presente la invocación que se hace de la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1943.

El Tribunal Supremo, dando un paso decisivo, va mucho más lejos en la sentencia objeto de nuestro comentario, al decir categóricamente que «como ya hizo notar la sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1947 (3 bis), el texto de los artículos 1.203 y 1.207 (*a sensu contrario*) del Código civil autoriza a firmar que este Cuerpo legal admite, al lado de la novación extintiva, una novación meramente modificativa, debiendo advertirse igualmente que no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva, siendo de advertir ahora, como complemento de la indicada doctrina, que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obliga-

(2) Sentencias de 28 de junio de 1940, 24 de marzo, 29 de abril, 11 de julio y 5 de diciembre de 1947. Especialmente interesantes son las de 29 de abril y 5 de diciembre de 1947. Vide el comentario de BONSER en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 372 y 240-241, respectivamente, y también AZURZA, op. cit., págs. 595-599.

(3) Vide el comentario de BONSER en «Revista de Derecho privado», 1946, págs. 550-551.

(3 bis) «Si bien el artículo 1.204 del Código civil exige, para que la novación se produzca, una declaración terminante de las partes, o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto—novación extintiva—, no a la meramente modificativa, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1.207, y es lógico la admita, porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior, cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que: en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea la modificación no extintiva de la obligación.»

ción preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo». Y partiendo de estas consideraciones generales, con relación al caso de autos, sostiene que si bien, al asumirse las deudas, «se operó indudablemente una novación modificativa de las obligaciones existentes por cambio de deudor, no pueden estas obligaciones reputarse extinguidas, conclusión que se reafirma, teniendo en cuenta que tampoco significa extinción de una relación obligatoria, sino modificación de la misma, por cambio de acreedor, el caso de cesión del crédito, y así demuestran el artículo 1.112 y los 1.526 y siguientes del Código civil».

2. Después de este expreso reconocimiento por parte del Tribunal Supremo—que tiene valor de doctrina legal—de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones mediante negocio jurídico *inter vivos*, carece ya de interés la discusión acerca de la posibilidad lógico-jurídica de la sucesión particular en los débitos (4), tanto más que en nuestro ordenamiento se encuentra ahora disciplinado un supuesto de asunción de deuda en el art. 118 de la nueva Ley Hipotecaria que se ocupa del importante problema de la transmisión de finca hipotecada (5).

Hay que partir, por tanto, de la posibilidad legal del fenómeno. Sin embargo, no estará de más hacer una ligera indicación a aquel respecto.

Superada la vieja concepción romana del fuerte subjetivismo y personalismo de la relación obligatoria, como vínculo inseparable del acreedor y del deudor, esa relación jurídica pasó a tener en el Derecho moderno naturaleza patrimonial y se tornó transmisible, tanto por su lado activo como por el pasivo. Créditos y débitos entran ya en circulación jurídica, son objeto de trans-

(4) Sobre este problema, para no multiplicar las citas, remitimos a las clásicas obras de DE DIEGO, págs. 190 y sigs.; CARNEIRO PACHECO: *Da successão singular nas dividas*, Coimbra, 1912, págs. 10 y sigs.; COVIELLO, N.: *Della successione nei debiti a titolo particolare*, en «Archivio giuridico», LVI (1896), págs. 267-343, y LVII (1896), págs. 89-200 y 334-386, especialmente págs. 181-194; GAUFEMET: *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, págs. 304-316. En Alemania se pronunció en contra LIPPMANN: *Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 107 (1911), págs. 1 y sigs., esp. págs. 26 y sigs.

Modernamente, el más decidido adversario de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones es PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, Parte segunda, vol. I, *Delle obbligazioni in generale*, 2.ª ed., Padua, 1935, págs. 345-357, donde recoge sus anteriores estudios sobre el tema, especialmente *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto di obbligazione*, publicado en «Rivista del Diritto commerciale», 1911, I, págs. 1045 y sigs., y *La successione singolare nei debiti*, ibidem, 1913, I, págs. 61 y sigs. Pero su crítica negativa no encontró mucho eco en Italia. Cfr. ANDREOLI: *Delegazione privata e delegazione di pagamento*, en «Rivista di Diritto civile», 1934, págs. 529 y sigs., y *La delegazione*, Padua, 1937, págs. 273 y sigs.

(5) «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.» Sobre el precepto, vide ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo III, 2.ª edición, págs. 151-162; SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, páginas 351 y sigs.; *Compraventa de finca hipotecada*, con referencia en el Colegio Notarial de Barcelona (21 abril 1944); DE LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 202 y sigs.; DE CASSO: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, págs. 519 y sigs.; COSSIO: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona 1945, págs. 227-228.

misión, legal o voluntaria, universal o singular, *mortis causa* o *inter vivos*. La deuda, mero reverso del derecho de crédito, puede, como éste, transferirse de persona para persona, porque la mudanza subjetiva del titular no siempre altera su identidad; tan sólo en las obligaciones contraídas *intuitu personae* (sociedad, arrendamiento de obra, mandato, fiducia), en las que la consideración del sujeto obligado juega como factor decisivo, el *idem debitum* se destruye con el cambio de deudor. En los demás casos, la variación pasiva de la titularidad no afecta substancialmente a la permanencia del *mismo* vínculo.

Y no se diga en contrario que mudando la responsabilidad patrimonial (artículo I.III), a consecuencia de la mudanza de la persona del deudor, necesariamente cambiaría también el débito, porque la garantía no es la esencia misma de la obligación, sino una consecuencia eventual que incluso puede no entrar en juego.

Siendo los débitos un elemento del patrimonio representan un valor—siquiera negativo—, tienen por sí existencia económica y jurídica, y como tales pueden ser movilizables, siempre que no los hiera una razón *especial* de intransmisibilidad (obligaciones personalísimas *ex lege*, como, por ejemplo, la deuda alimenticia).

3. Mas, como observa Cossío, el carácter patrimonial que actualmente se reconoce a la obligación, no debe llevarnos a otorgar un favor incondicionado a la movilidad de los débitos en el tráfico con sacrificio de los legítimos intereses de cada uno de los sujetos afectados por la transmisión. Ello equivaldría, por otra parte, a prescindir por completo de la consideración de la persona, en una concepción deshumanizadora del Derecho. «Técnica el Derecho de la justicia, *arte de lo bueno y de lo justo*, como Celso lo definiera, hemos de hacer que nuestras fórmulas dejen de ser frios moldes de hielo y que nuestras construcciones se animen con calor de humanidad» (6).

Sentado esto, la sucesión particular en la deuda no puede ser construída paralelamente a la cesión en el crédito (7).

Como se sabe, la cesión de créditos se actúa por el sólo acuerdo del acreedor cedente con el tercero cesionario, no exigiéndose la intervención del deudor (8). Y como el crédito se transmite tal cual es en el momento de la trans-

(6) *La transmisión pasiva*, cit., pág. 206. La «humanización» del *Ius civile* es rotundamente defendida por F. DE CASTRO a lo largo de su obra (*Derecho civil de España*, 2.ª edición, Madrid, 1949). A este propósito, vide nuestro trabajo *Novos rumos do Direito civil*, en «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», vol. VI (1949), págs. 170 y siguientes.

(7) Como pretendieron DELRÜCK: *Die Uebernahme fremder Schulden*, Berlín, 1853, páginas 16 y sigs., y SALEILLES: *De la cession des dettes*, en «Annales de Droit Commercial», 1890, I, págs. 39 y sigs. Para la crítica de esta posición, vide COVIELLO, op. cit., LVII, páginas 336 y sigs. Cfr., no obstante, CORTE-ENNA: *Intorno al concetto dogmatico di cedibilità del debito*, en «Il Filangieri», 1911, págs. 30 y sigs., quien configura, en abstracto, una cesión del débito, para cuyo perfeccionamiento se prescinde del consentimiento del acreedor. Pero, como escribe RUSSO (*Cessione di debito*, en «Nuovo Digesto Italiano», vol. IV, Turín, 1833, págs. 558), «no es el contrato de cesión el que puede servir para transmitir el débito».

(8) «Es principio de Derecho que la cesión de crédito pueda hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación al mismo (cfr. art. 1.527 C. c.) tenga otro alcance que el obligarla con el nuevo acreedor, no reputando pago legítimo desde aquel acto el hecho a favor del cedente» (Sentencia de 27 febrero 1891).

ferencia, le acompañan siempre las garantías personales y reales accesorias (artículo 1.528).

Ex inverso, la transmisión de deuda no comporta un régimen similar.

Es cierto que idealmente bastaría el convenio de los dos deudores, sin que fuera necesaria la intervención del acreedor. Así, en la forma más común de sustitución del sujeto pasivo de la obligación (*delegatio*), que implica un acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo. En la *expromissio*, en cambio, que supone un pacto entre el nuevo deudor que asume la deuda y el acreedor, se prescinde del consentimiento del deudor antiguo, análogamente a como en materia de créditos un tercero, de acuerdo con el deudor y a espaldas del acreedor originario, puede subrogarse (por el pago) en los derechos de este último (cfr. arts. 1.203, núm. 3.º, 1.210, núm. 2.º, 1.211 y 1.212). Las garantías personales o reales serían arrastradas automáticamente al transferirse la deuda de que son secuela y refuerzo.

Pero por muy lógica y expedita que parezca esta construcción, y no obstante las posibles ventajas que pueda ofrecer desde el punto de vista práctico, el hecho es que ni los Códigos más modernos la han consagrado con tal amplitud.

La cesión de deuda es algo que no afecta de modo exclusivo al deudor cedente y al cesionario, sino que eventualmente importa también—y mucho—al acreedor y a los titulares pasivos de los derechos accesorios de garantía de la obligación principal transmitida (9).

De ahí que no pueda admitirse de forma incondicionada, a diferencia de lo que ocurre con el acreedor (10), la fungibilidad del sujeto pasivo de la obligación se imponga la necesidad de subordinar los efectos que normalmente tendría la transmisión de deuda al libre asentimiento de los que puedan ser directamente perjudicados por la presencia en la obligación de un nuevo deudor, poco honesto, inepto—lo que tiene la máxima trascendencia en las obligaciones consistentes en un *fare*—o insolvente.

Acertadamente, pues, la sentencia en examen (11) exige en todo caso (sin exceptuar la *delegatio*) el asentimiento del acreedor para que respecto del mismo la transferencia de deuda sea eficaz, es decir, para que libere al deudor primitivo y vincule al nuevo en la obligación preexistente.

Por lo que se refiere a la suerte de las garantías personales o reales del débito transferido, faltando en nuestro Derecho un precepto equivalente al § 418 del B. G. B. y no siendo directamente aplicable el artículo 1.207 del

(9) En el cuadro de los sujetos afectados por la transmisión de deuda hay que colocar también a los deudores solidarios del antiguo deudor, porque el cambio de éste puede perjudicar el buen éxito de su derecho de regreso. Ellos están, pues, como los terceros garantes, directa y eventualmente interesados. Los acreedores del acreedor, en cambio, sólo pueden ser afectados por la mudanza del deudor del segundo de modo eventual e indirecto, y tienen siempre el remedio de la acción pauliana (art. 1.111, *in fine*).

(10) La consideración de la persona del acreedor importa menos al deudor. Con todo, no puede ser a éste indiferente tener un acreedor más exigente o menos escrupuloso que el originario. Pero el Derecho sacrifica ese interés—ciertamente no tan grave como el del acreedor en la hipótesis inversa—en aras de la fácil circulación de los créditos.

(11) Como ya las de 16 de junio de 1906 y 22 de febrero de 1946, que juzgan también aplicable a la novación meramente modificativa *mutato debitore* lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código civil.

Código civil, por referirse a la novación extintiva, cabría pensar que, toda vez que la deuda continúa siendo la misma, las fianzas, prendas o hipotecas seguirían en pie aun después de la transmisión.

Sin embargo, creemos que para que aquéllas subsistan hará falta que quienes las concedieron—normalmente en consideración a la persona del deudor garantido—otorguen su consentimiento, porque de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor, sobre todo si el nuevo resultara insolvente.

La solución propugnada tiene un punto de apoyo en el artículo 1.851 (12), del cual se desprende que no puede agravarse la posición de los fiadores sin su consentimiento. Cumple, por tanto, colmar la laguna de la ley mediante la interpretación integradora, completando el sistema dentro de su propio estilo, sin menoscabo de sus trazos generales, de sus líneas arquitectónicas (13). El régimen establecido por el artículo 1.207 para la *novación* sería así también utilizable en materia de asunción de deuda, si bien con las restricciones postuladas por la diferente naturaleza de la figura: las garantías (prenda o hipoteca) prestadas por el deudor primitivo que de algún modo interviene en la asunción de deuda deben continuar afectas, no sólo porque entonces hay que presumir su tácito consentimiento para la subsistencia, sino también porque ningún interés *ajeno* impone en este caso el desvío de lo que constituye una consecuencia normal del negocio. No interviniendo el deudor, estaría en la misma situación que los terceros garantes.

4. Después de lo dicho resulta claro que la transmisión voluntaria de los débitos (asunción de deuda) se distancia de la cesión particular de créditos.

Mas cabe preguntar si, por contra, ese condicionamiento del instituto no lo asimilará prácticamente a la novación extintiva *mutuo debitore* (14).

Porque si para que la transmisión se opere con plenitud de efectos liberatorios es exigido el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.205) y si para que las obligaciones accesorias de garantía persistan es necesaria la conformidad de los obligados a prestarla (cfr. art. 1.207, *in fine*, a sensu contrario). ¿qué otras ventajas o consecuencias especiales llevará consigo la sucesión singular en la deuda que no tenga la novación por cambio de deudor?

(12) En el mismo sentido PÉREZ Y ALGUER: *op. cit.*, pág. 421.

(13) Cfr. M. DE ANDRADE: *Anuario de Derecho civil*, en «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. XXV (1949), pág. 449.

(14) Teóricamente, el procedimiento novatorio por cambio de la persona del deudor se distingue netamente de la asunción de deuda, a pesar de ésta requerir—como hemos visto—la autorización del acreedor y de los terceros garantes para surtir todos sus efectos naturales. Esa autorización, si bien imprime un cuño especial (personalista) a la *transmisión* voluntaria de los débitos, no la identifica con la *novación*: es una particularidad de la figura y no un obstáculo de su existencia autónoma.

En efecto, la asunción de deuda implica una transmisión: el nuevo deudor asume una deuda preexistente, colocándose en el lugar del hasta entonces deudor. La obligación continúa siendo la misma, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista jurídico: hay una sucesión particular en el débito.

Por el contrario, la novación propia por sustitución del sujeto pasivo lleva aparejada, de modo necesario, la extinción de la obligación primitiva y la creación de otra nueva. Aun cuando económicamente la novación consista en la *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, jurídicamente se rompe la continuidad de la deuda, ya no es la misma: «hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituantur, ut prior perimatur» (ULPIANO, D. 46, 2. 1. pr.).

En primer lugar, como ya se ha dicho, el régimen de las garantías no es exactamente el mismo: las establecidas por el antiguo deudor que consiente en la transmisión de deuda acompañan a ésta, si de forma expresa no se excluyen; en tanto que en la novación por mudanza del deudor, dado el texto del artículo 1.207, las obligaciones accesorias, sin distinción, se extinguen siempre, a no ser que se haya acordado su permanencia.

Varian también las excepciones oponibles por el nuevo deudor al acreedor. Mientras que en la asunción de deuda se transmiten con ésta *todas* las excepciones (14 bis) y objeciones que la informan, en la novación *mutato debitore*, si no existe un pacto de reserva de excepciones, tan sólo pueden oponerse las que sean consecuencia de haberse concertado deudor y acreedor para transfundir el mismo contenido objetivo de la antigua obligación en la nueva.

Por lo demás, hay una serie de efectos peculiares de la asunción de deuda que por sí mismos justificarían el relieve teórico de que goza la figura. Tales son:

a) En virtud de la subrogación, el nuevo deudor queda obligado a pagar la indemnización de daños y perjuicios por culpa contractual cometida por el deudor originario y la pena convencional a que éste hubiere incurrido antes de la asunción de deuda.

b) Asimismo, el nuevo deudor queda obligado a pagar los intereses devengados no sólo a partir de la asunción de deuda, sino también desde la fecha inicial del débito, aunque después—como en el anterior caso—le sea permitido ejercitar la *actio in rem verso* contra el primitivo deudor, a menos que se hubiera comprometido expresamente a hacerse cargo de dichas responsabilidades.

c) Puesto que la obligación originaria pasa al asumente, conservando inalterada su propia naturaleza, es indudable que si aquella obligación estaba sometida a un plazo de prescripción diverso del normal, este mismo término se deberá aplicar aun después de verificarse la transferencia de la deuda. En la hipótesis de novación, por el contrario, aun admitiendo que el nuevo deudor puede oponer todas las excepciones inherentes a la deuda originaria, es obvio, precisamente por tratarse de *novación*, que a la nueva deuda no se podrá aplicar el mismo plazo especial, válido para la antigua (15).

d) La asunción de una deuda ajena no importa la mudanza del carácter de la obligación originaria, la cual, por ejemplo, sigue siendo mercantil aunque

(14 bis) Personales del deudor primitivo e inherentes a la deuda. Constituye un punto de apoyo de esta consecuencia el artículo 1.148 del Código civil, directamente para la asunción cumulativa—que, como se sabe, implica la solidaridad de los dos deudores—e indirectamente para la asunción privativa o perfecta, puesto que puede decirse que es ese el espíritu del Código. El hecho de que el fiador no pueda oponer al acreedor las excepciones puramente personales del deudor (cfr. art. 1.853), confirma en cierto modo esta idea, porque en la fianza no hay subrogación en la deuda, sino aseguramiento de la misma. Si la Ley facilita la defensa del fiador, permitiéndole esgrimir en lugar del deudor principal todas las excepciones que al mismo competen y sean inherentes a la deuda, ello responde a una elemental razón de justicia.

(15) BIGLIANI (*Novación y sucesión en la deuda a título particular*, en «Revista de Derecho Privado», 1943, págs. 489 y sigs., concretamente pág. 495) pone un especial empeño en esta consecuencia peculiar, de la asunción de deuda. Cfr. también, del mismo autor, *La delegazione*, Padua, 1940, págs. 117-118.

la persona que la asume no sea comerciante. Viceversa, la novación, creando una deuda nueva, puede suprimir aquella cualidad (16).

Téngase en cuenta, por otra parte, que los puntos de contacto entre novación *mutato debitore* y sucesión particular en la deuda casi desaparecen, acentuándose las divergencias cuando se comparan las dos figuras en la pureza de sus límites sin la mixtificación que supone la novación con reserva de garantías y excepciones, tan contraria a la esencia misma del procedimiento novatorio. Ello responde, en realidad, a la tendencia de actuar en el campo de la novación propia resultados que lógicamente se deberían conseguir mediante el instituto de la asunción de deuda. Tanto esto es así que ha hecho decir a más de un autor que la novación subjetiva por cambio de deudor, si bien se mira, no es otra cosa que la sucesión singular en el débito y que lo mismo da bautizar el fenómeno con uno u otro nombre (17).

Pero la verdad es que por mucho que se haga, nunca se llegará a colmar totalmente el foso que separa la novación de la asunción de deuda.

Finalmente, no debe olvidarse que la transmisión del débito es el medio jurídico más práctico, natural y sencillo de transferir el *onus* o encargo económico de la deuda, superior con mucho al artificioso y retorcido procedimiento de la novación.

5. La sentencia define muy correctamente la asunción de deuda como «el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo».

La asunción de deuda puede concluirse mediante contrato del asumente con el acreedor o con el deudor (*expromissio* y *delegatio* meramente modificativas, respectivamente).

Si se realiza por convenio del que toma la deuda con el acreedor, aquél se constituye inmediatamente en deudor y el anterior deudor queda también liberado de forma inmediata. No es necesario, según se desprende del artículo 1.205, el consentimiento del hasta entonces deudor.

Si se concluye mediante contrato entre el que asume la deuda y el deudor primitivo, su eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede darla en cualquier tiempo e incluso de modo tácito, tratando como deudor efectivo al asumente. Así resulta del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y de la sentencia de 16 de junio de 1908, según la cual el precepto del artículo 1.205 no significa ni requiere que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerden la sustitución, porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta con que éste manifieste dicho consentimiento *en cualquier forma y momento*, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente (18).

(16) Cfr. BIGIARI, op. et loc. últ. cit.

(17) Cfr. COVILLO, op. cit., LVI, pág. 304; COSSIO, *La transmisión* cit., págs. 190-191 y 185-197.

(18) Es claro que—como dice la Sentencia de 27 de mayo de 1931—siempre debe constar de un modo cierto e indudable. Frente a la doctrina consagrada por la Sentencia de 16 de junio de 1906, repetida en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, la Sentencia de 10

La naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluido entre los dos deudores es discutidísima y ofrece serias dificultades de orden conceptual.

No es nuestro propósito examinar aquí, con el detenimiento que merecen, las diferentes teorías presentadas por la doctrina. Simplemente queremos hacer notar que la explicación más simple y realista del fenómeno sea, tal vez, la que se cifra en combinar el negocio de toma interna de deuda con la teoría de la disposición del derecho ajeno, acogida por la opinión dominante (19), a la que no vacilamos en adherirnos, si bien con ciertas restricciones y precisiones que procuraremos sintetizar en pocas líneas.

In limine a la indagación dirigida a encontrar el fundamento técnico-jurídico de la asunción de deuda hecha a espaldas del acreedor debe tenerse por cierto un dato que parece imponer, no sólo el resultado práctico del negocio normalmente querido por las partes (en el 99 por 100 de los casos), sino también el derecho positivo: y es el carácter retroactivo de la *ratihabito* del acreedor. Como toda ratificación, aquélla opera dentro de nuestro ordenamiento con efectos *ex tunc* (cfr. arts. 1.259, 1.313, 1.727 y 1.892 del C. c.), y así lo comprueba el nuevo texto del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, pues a propósito de la subrogación en la obligación principal convenida por el vendedor y el comprador de finca hipotecada, no dice que el primero quedará desligado de dicha obligación *cuando* el acreedor prestare su consentimiento, sino *si* lo prestare (20).

Por consiguiente, hay que explicar satisfactoriamente tanto la eventual eficacia *ab initio* del contrato de toma de deuda—cosa que no resulta de la teoría de la oferta colectiva ni tampoco de la teoría del contrato a favor de tercero (21)—como su producción de efectos respecto de quien, no siendo parte (acreedor), aquel convenio sería una *res inter alios acta*, como tal irrelevante.

de junio de 1943 volvió al sistema de la de 3 de enero de 1907, en lo referente a entender que «el consentimiento que el acreedor ha de prestar para la novación no se presume ni revela por la acción que el mismo ejercite en el juicio que sobre ella verse». Vide el comentario de BONET en «Revista de Derecho Privado», 1943, pág. 654.

(19) La formulación primera de la teoría pertenece, como es sabido, a WINDSCHIED (Vide *Diritto delle Pandette*, vol. II, parte I, Turín, 1904, pág. 308, nota 6; una clara exposición se encuentra en la obra de DE DIEGO, págs. 250-251). En Alemania encontró en seguida general aceptación (UNGER, GÜRGENS, REGELSBERGER, COSAK, ENNECCERUS, OERTMANN, DERNBURG, ENDEMANN y otros muchos). Entre nosotros lo siguen PÉREZ Y ALGUERA, op. cit., páginas 416-417; BONET, comentario cit., en «Revista de Derecho Privado», 1946, pág. 551; SANZ FERNÁNDEZ, conferencia cit.; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 153; GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., páginas 226 y 228-229. *Contra*: ROCA SASTRE y PUIG BRUYAC, *La transmisión* cit., páginas 302-309.

(20) ROCA SASTRE y PUIG BRUYAC, op. últ. cit., pág. 308. Cfr. ROCA, *Instituciones*, III, páginas 158-159, y DE CASTRO, op. cit., págs. 523-524.

(21) La teoría de la oferta fué brillantemente defendida por COVIELLO, op. cit., LVII, páginas 363-365, y LIPPMANN, op. cit., págs. 72 y sigs. ROCA y PUIG BRUYAC, siguiendo el rastro de este último, parecen liliarse también a ella en el citado estudio sobre la transmisión pasiva de las obligaciones, págs. 306-309. Para la crítica de esta teoría, vide ENNECCERUS, op. cit., págs. 400-410. La teoría del contrato a favor de tercero (sobre la cual puede verse la exposición de COVIELLO, op. cit., págs. 351-356, y ANDREOLI, *La delegazione* cit., páginas 363-370) fué atribuida por DE DIEGO a la Sentencia de 16 de junio de 1908. Vide la crítica de la misma en *La transmisión de las obligaciones*, págs. 313-319, y también, GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 227-228, y COSSIO, op. cit., pág. 201.

Es manifiesto que cuando la asunción de deuda se pacta directamente con el acreedor el negocio es válido y eficaz de una manera instantánea, explicando por sí solo el fenómeno, porque en él interviene directamente como parte el acreedor, que es el único que tiene el derecho de liberar al antiguo deudor y de poner en su lugar uno nuevo.

Pero cuando con tal fin se concluye un negocio de transmisión de deuda entre el deudor cedente y el cesionario, el primero se sustituye al acreedor, atribuyéndose en el fondo la titularidad de aquel derecho o interés ajeno, del que dispone en nombre propio sin estar para ello autorizado (22). Es decir, estamos ante un negocio practicado sin *legitimación*, al que, por tanto, cumple aplicar el régimen de los actos desprovistos de ese presupuesto o requisito (23).

Siendo así, el contrato de toma interna de deuda, como negocio obligatorio válido, que tiende a la vinculación de un tercero, no podrá producir sus efectos típicos (liberatorio y constitutivo de deudor) en tanto que no sea ratificado por el acreedor, porque su eficacia potencial no se agota en la esfera de las partes, sino que se proyecta sobre un otro, de tal forma que significa una efectiva intromisión en la esfera jurídica ajena.

La *ratihabito* del acreedor, subsanando el defecto de legitimación, operará así retroactivamente, en armonía con la voluntad normal de los tres interesados en el negocio. En el interin o en caso de que el acreedor se niegue a prestarla, la asunción de deuda *privativa* o *perfecta* podrá valer como *asunción de cumplimiento*, o sea como promesa del nuevo deudor al primitivo de satisfacer oportunamente al acreedor, porque es este el único efecto—ciertamente, por ser lo menos, comprendido en lo más—que aquel convenio puede producir sin implicar un negocio sobre el patrimonio ajeno en sentido técnico (*negotio sul patrimonio altrui*, en la terminología de Cariotta Ferrara (24): cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor, está legitimada para hacer el pago (artículo 1.158).

La asunción acumulativa o de refuerzo (adhesión a la deuda o coasunción), en cambio, no parece que sea subsidiariamente utilizable, porque ni el antiguo deudor tiene por sí facultad para extender a otro la deuda con carácter solidario, ni el nuevo puede adherirse en tal concepto sin el consentimiento del acreedor, que es el único legitimado para dar ingreso y colocar al asumente junto al deudor originario.

Juan-Bautista JORDANO

(22) Si la autorización del acreedor precediera o fuera concomitante al acto dispositivo del deudor cedente no habría problema. El deudor actuaría entonces estando previamente legitimado para transmitir la deuda con efectos liberatorio y constitutivo.

(23) La legitimación, como se sabe, consiste en aquella posición del sujeto respecto del objeto del negocio (interés que está llamado a regular), que se requiere para que ese sujeto pueda practicar con perfección determinado acto. Normalmente, aquella posición relativa del sujeto corresponde a la titularidad del derecho sobre el que versa la disposición, modificación, etc. Desde el punto de vista subjetivo se traduce en una facultad. Para mayores desenvolvimientos, vide MENGONI: *L'acquisto ex non domino*, Milán, 1949, capítulo II, y MAGALHÃES COLLAÇO: *Da legitimidade no acto juridico*, Lisboa, 1949, y autores allí citados.

(24) *I negotio sul patrimonio altrui*, Padua, 1936.