

El contrato de asunción de deuda *

XABIER BASOZABAL

SUMARIO: *I. Introducción.*—*II. El «Cambio de deudor»: diversidad de modelos codificados.*—*III. Modalidades:* 1. Por sus efectos: asunción de deuda liberatoria o cumulativa, asunción de cumplimiento. 2. Asunción de deuda liberatoria: procedimiento para asumir: a) Asunción de deuda por expromisión. b) Asunción de deuda por contrato entre deudores ratificado por el acreedor. c) Asunción de deuda por contrato trilateral. 3. La asunción de deuda cumulativa.—*IV. Naturaleza jurídica.* *V. Contenido esencial:* 1. La deuda asumida. 2. El consentimiento del acreedor. 3. La forma. 4. La causa.—*VI. El alcance de la asunción de la deuda:* 1. Las garantías prestadas a favor del deudor. 2. Los privilegios del crédito. 3. Otros componentes y accesorios de la deuda.—*VII. Las excepciones oponibles por el asumentante:* 1. Excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda. 2. Excepciones derivadas de la relación de cobertura. 3. Excepciones derivadas de la relación de valuta.

I. INTRODUCCIÓN

Entendiendo por contrato de asunción de deuda aquél por el que un tercero (asumente) se obliga a cumplir la deuda de otro, bien frente a éste, bien frente al acreedor, no puede decirse que entre nosotros sea una cuestión problemática¹. Admitida la posibilidad

* Agradezco al Ministerio de Educación y Cultura la concesión de la beca que ha hecho posible la estancia en la Universidad de Colonia durante la cual ha sido elaborado este trabajo. Agradezco asimismo al Profesor PANTALEÓN PRIETO sus consejos, en los que se apoyan las mejores ideas del texto.

¹ La STS 16-III-95 afirma que «la institución de asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero». Si bien no de forma tan clara, dan por válido este planteamiento todas las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia (SSTS 20-V-97, 21-III-96, 9-XI-95, 10-VII-95, 20-II-95, 23-XII-92, 30-III-92 y 18-III-92).

En cuanto a la doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en derecho civil*, Granada, 1996, pp. 3 y ss. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, III, Madrid, 1924, p. 282. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III,

de cambiar de deudor sin tener por ello que acudir a la extinción de la relación obligatoria, parece haber desaparecido el interés por una materia en la que durante tiempo los autores se enzarzaron, obsesionados «por el espejismo de los nombres»². Desecho el encantamiento, hoy se reconoce la posibilidad de «suceder a título particular en las deudas»³, y la llamada asunción de deuda se explica, junto a la expromisión y a la delegación, como una de las posibles formas de modificar la relación obligatoria por cambio de deudor⁴.

Claro que también la novación puede provocar el cambio de deudor a través de la extinción de la relación obligatoria originaria

Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, 15.ª ed. (rev. por García Cantero), Madrid, 1988, pp. 329 y ss. COSSÍO, «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular» (Conferencia de 8 de marzo de 1943), *AAMN*, 1, 1945, p. 195. CRISTÓBAL-MONTES, «La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español», *RCDI*, 1973, pp. 1192 y 1193. DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 129 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 833 y ss. GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, 1963, p. 40; *Lecciones de derecho civil*, II, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 566 y ss. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión en las deudas a título singular» en *Estudios de derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 222. GETE-ALONSO, «La modificación de la relación obligatoria» en PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Madrid, 1998, pp. 382 y ss.; *Comentario a la STS 5-XI-90*, *CCJC*, núm. 24, septiembre/diciembre, 1990, p. 1185. JORDANO BAREA, «Asunción de deuda» (Comentario a la STS 10-II-50), *ADC*, 1950, p. 1375. LASARTE, *Principios de derecho civil*, 2, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Madrid, 1993, pp. 232 y ss. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones. Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, Madrid, 1994, p. 205. ORDUÑA MORENO, «Modificación de la obligación» en VALPUESTA, BLASCO, CAPILLA y otros, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia, 1995, pp. 285 y ss. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones* en ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de derecho civil*, II-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pp. 410 y ss. PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, 2.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 125 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I-2.º, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, p. 320. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart), XVI-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, art. 1205, pp. 741 y 742. STORCH DE GRACIA, «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español», *La Ley*, 1987-4, p. 1115.

² COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 195.

³ Claro que hay que entender por «sucesión» lo que razonablemente puede ser entendido por tal (lejos de la vieja concepción —hace tiempo desechada— que pretendía explicar la asunción de deudas de forma análoga a la cesión de créditos), lo que supone que la asunción liberatoria sólo es posible con el consentimiento del acreedor (art. 1205 C.c.), y que el efecto «sucesorio» producido ha de respetar, tanto la posición del primitivo deudor, que sigue siendo parte contractual, como la de los garantes, que han de prestar consentimiento para seguir siéndolo (art. 1207 C.c.). SANCHO REBULLIDA opina que con estas correcciones no cabe hablar de «sucesión» («Comentario...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742).

⁴ DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 7.ª ed., Madrid, 1995, pp. 262 y ss. GARCÍA AMIGO, *Lecciones...*, II, cit., pp. 566 y ss. GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., pp. 382 y ss. LASARTE, *Principios...*, 2, cit., pp. 232 y ss. O'CALLAGHAN, *Compendio...*, II-1.º, cit., pp. 204 y ss. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 333 y ss.

y correlativa creación de una nueva en la que el nuevo deudor ocupa el lugar del primitivo. La ambigüedad de nuestro Código civil al regular la novación, con su difusa línea divisoria entre modificación y extinción/creación, obliga a tener en cuenta su normativa tanto en un caso como en el otro. Dicha normativa permite que el cambio se produzca sin el consentimiento del deudor primitivo, a través de un contrato entre acreedor y nuevo deudor (art. 1205, en el que la doctrina ha reconocido la figura de la expromisión); en cuanto a una posible participación de aquél, el artículo 1206 hace referencia al deudor que «delega» su deuda, esto es, al deudor que invita a un tercero a obligarse frente al acreedor como nuevo deudor. La aparición única de la palabra «delegar» hubiera pasado desapercibida de no ser porque con ella se hace referencia a una de las instituciones jurídicas más escurridizas pero de mayor trascendencia en el tráfico jurídico económico⁵.

Por una parte, la doctrina suele presentar la delegación como fundamento de realidades negociales tan útiles como la letra de cambio y los títulos al portador, las tarjetas de crédito o el crédito documentario⁶; por otra, la explicación que de la delegación se da,

⁵ No resulta fácil aproximarse al concepto de delegación. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 853) propone como definición de ésta «la operación jurídica por medio de la cual una persona (delegante) da una orden o una autorización a otra (delegado), a fin de que realice una prestación o emita una promesa en favor de un tercero (delegatario), todo ello de manera tal que la promesa o la prestación se entienda hecha por cuenta del delegante»; el delegado asume en nombre propio la obligación frente al delegatario (o efectúa la prestación en favor de éste), a quien de un modo o de otro se da a conocer la delegación procedente del delegante, de forma que recibe la prestación como proveniente de éste. Según SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 337), «en su concepto más general, por delegación se entiende hoy aquella combinación de obligaciones, prestaciones y causas en la que intervienen tres partes: en el esquema más usual, una (delegante) da orden a otra (delegado) de (o le autoriza para) prestar o prometer algo, por su cuenta y en nombre propio, a un tercero conocedor del transcurso de la operación (delegatario)». Sobre la delegación en general, ver BIGIAMI, *La delegazione*, Padua, 1940 (obra de referencia en la materia). GRECO, voz «Delegazione (diritto civile)» en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1960, pp. 327 y ss. MANCINI, «La delegazione, l'espromissione e l'accollo» en RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, 9, Torino, 1991, pp. 401 y ss. RESCIGNO, voz «Delegazione (diritto civile)» en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 929 y ss. Buenas aproximaciones en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, III, Madrid, 1924, p. 226. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y 199. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1872, núm. 308, p. 217. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique de droit français*, VII, *Obligations*, 2.ª ed. por Esmein, Paris, 1954, núm. 1261, p. 667. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Delegación (derecho civil)», en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, p. 1973.

⁶ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 228. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 853 y 854. HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor* (trad. por J. Alfaro y D. Brückner), Barcelona, 1988, pp. 47 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1271, p. 677. Advierten de la debida separación entre las instituciones mercantiles y civiles, IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio», en AA.VV., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. por Aurelio Menéndez Menéndez), Madrid, 1992, p. 437. PAZ-ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. por Aurelio Menéndez Menéndez), Madrid, 1992, p. 106.

como fuente de obligaciones «abstractas» (la obligación del nuevo deudor –delegado– frente al acreedor –delegatario– es independiente de la relación que liga a éste con el deudor –delegante– y de la que exista entre delegante y delegado), parece chocar con el causalismo sin excepciones de nuestro ordenamiento jurídico⁷. La posibilidad de aceptar una delegación *civil* sin un apoyo normativo que justifique su «abstracción» ha venido siendo negada o eludida, en parte por la propia complejidad del problema, en parte porque la figura, de indudable utilidad como mecanismo de crédito y garantía, goza ya de excelente salud en el ámbito mercantil, en el que se encuentra regulada (tanto por el derecho interno –títulos valores– como por los usos de la contratación internacional –crédito documentario-); su aparición normativa en el marco de la novación no hace sino dificultar aún más una visión adecuada de la misma.

A la luz de los artículos que nuestro Código civil dedica a la novación, no parece que el codificador español descartara la idea de sustituir la figura del deudor sin extinguir la obligación primitiva; lo que sí resulta evidente es que, al igual que en el *Code* o en el *Codice* decimonónico⁸, la idea de «asunción de deuda» entendida como contrato por el que el acreedor y un tercero acuerdan transmitir a éste la obligación del deudor (idea consagrada por el codificador alemán en el § 414 BGB), o con este mismo contenido, como contrato entre primitivo y nuevo deudor, ratificado por el acreedor (§ 415 BGB), resulta extraña en nuestro Código civil, no así en la Ley Hipotecaria (art. 118), que recibe la asunción de deuda garantizada con hipoteca tal y como se concibe en el derecho alemán⁹.

El trabajo que se inicia con estas líneas parte de una normativa codificada que esboza una novación no necesariamente extintiva, en la que el cambio de deudor se consigue a través de delegación o expromisión, figuras que no excluyen la idea de asunción de deuda, aunque tampoco quede nada clara la relación que guardan con ésta; parte, por lo tanto, de un panorama que de puro confuso ha logrado

⁷ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 169. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 849 y 858. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 341.

⁸ CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 7.ª ed., Paris, 1972, pp. 469 y ss. NEUMAYER, «La transmission des obligations en droit comparé» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, XII, La transmission des obligations. Travaux des IX. Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 230 y 231. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 473. Véase también, DA MOTA PINTO, *Cessao de posição contratual*, Coimbra, 1970, pp. 166 y ss.

⁹ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, VII, 8.ª ed., Barcelona, 1999, pp. 300 y ss.: «el artículo 118 de la Ley Hipotecaria ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la asunción de deuda».

pasar inadvertido¹⁰. En cuanto al orden de la exposición, a la necesaria labor de deslinde entre las diversas figuras mencionadas, y a la «cuestión causal», en la que habrá que analizar el grado de «dependencia» del contrato de asunción respecto de la relación originaria entre deudor y acreedor –relación de valuta– y de la relación generalmente existente entre antiguo y nuevo deudor –relación de provisión o cobertura–, se sumará el estudio de los efectos y del alcance del contrato de asunción de deuda (transmisión de los derechos potestativos del deudor, oponibilidad de excepciones por el asumente al acreedor, posible permanencia de las garantías prestadas por terceros, por el deudor o por el asumente, y de los privilegios del crédito), donde las aportaciones doctrinales han sido especialmente escasas¹¹.

II. EL «CAMBIO DE DEUDOR»: DIVERSIDAD DE MODELOS CODIFICADOS

La vinculación entre los conceptos de novación y delegación (provocada por la posible función común de ambas) se aprecia ya en la Compilación Justiniana, y persiste en el tiempo hasta consagrarse por el *Code* francés¹². Sin presentación previa, la delegación irrumpe en la regulación de la novación por cambio de deudor de la siguiente manera: «la delegación por la cual un deudor da

¹⁰ La STS 13-VI-97 es una buena muestra de la falta de claridad en la distinción de las diferentes figuras: «en la asunción de deuda un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor, pudiendo construirse el contrato aplicando las normas de la novación por cambio de deudor (arts 1203 núm. 2, 1204 y 1205), ya sea en la forma de expromisión (art. 1205) o en la de delegación (art. 1206), pero en ambas es necesario el *animus novandi*, en el que habrá que contemplarse el consentimiento del deudor». Pocos días antes, por el contrario, otra sentencia distingue con corrección la asunción de la novación (STS 21-V-97): «la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta (...); partiendo de su admisibilidad, sólo se puede dar, tanto en su tipo de expromisión (acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor) como en el de delegación (acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con consentimiento del acreedor), si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva, con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor».

¹¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 834 y 843 y ss. Ya la primera edición de esta obra proponía, en 1979, un enfoque práctico sobre la materia. Deudoras de este mismo planteamiento son las opiniones de GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., pp. 382 y ss. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, II, cit., p. 126. STORCH DE GRACIA, «Construcción jurídica...», cit., pp. 1110 y ss. Otros autores se ocupan indirectamente de los efectos de la asunción de deuda al tratar de diferenciar la sucesión de la novación: JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379; y oponiéndose a sus argumentos, SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., pp. 731 y ss. En 1996 el panorama se enriquece con la monografía de ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 313 y ss.

¹² COING, *Derecho privado europeo*, II, Madrid, 1996, pp. 581. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 837 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 338.

al acreedor otro deudor que se obliga respecto de éste, no produce novación, salvo que expresamente declare el acreedor que el deudor que ha hecho la delegación queda liberado» (art. 1275). De aquí deduce la doctrina francesa que la delegación puede producir o no el efecto novatorio/extintivo; a la que lo produce la denomina delegación perfecta, e imperfecta a la que, por no producirlo, consigue sumar o acumular la obligación del nuevo deudor a la del deudor primitivo¹³. En la delegación perfecta la liberación del deudor primitivo está ligada a la novación de la relación obligatoria primitiva de tal forma que aquélla no es posible sino mediante la extinción de ésta¹⁴.

Délégation y *cession de dette* se distinguen correctamente: aquélla crea un nuevo vínculo entre delegado y delegatario, en tanto que por cesión el nuevo deudor «concorre» en una relación obligatoria preexistente, de aquí que le afecten las vicisitudes de ésta¹⁵.

La cuestión que resulta conflictiva y en ocasiones difícil de comprender es la de la causa de la obligación del delegado, siempre relacionada con la oponibilidad por parte de éste frente al acreedor de las excepciones derivadas de las relaciones de valuta y cobertura¹⁶. Durante buena parte del siglo XIX los exégetas del *Code* no se preguntan por la causa de la delegación, ni por la de la obligación del delegado. Lo que se afirma como opinión unánime, recibida del derecho romano, es que el delegado no puede oponer al delegatario el haberse obligado por creer ser deudor del delegante (esto es, por una circunstancia proveniente de la relación de cobertura existente entre delegado y delegante). Se aduce como justificación que el vínculo que por la delegación surge entre

¹³ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 212 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 309 y ss., pp. 219 y ss. GHESTIN, «La transmission des obligations en droit positif français» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX. Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 63 y ss. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.^a ed., Bruxelles, 1878, núm. 311, p. 335. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, IV, 7.^a ed., Paris, 1873, núm. 769, p. 619. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, 2.^a ed., Paris, 1989, pp. 396 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., 1954, núm. 1271 y ss., pp. 676 y ss. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, VII, 7.^a ed., Paris, 1830, núm. 284, pp. 348 y ss.

¹⁴ Los autores franceses no parecen concebir una delegación liberatoria que no extinga la primitiva obligación, lo que en absoluto es incompatible con la figura delegatoria. La delegación *crea* una obligación nueva entre acreedor –delegatario– y nuevo deudor –delegado– que no determina, ni la liberación del deudor primitivo, ni la extinción de la relación obligatoria que une a éste con el acreedor; aquélla depende de la declaración liberatoria del acreedor, y ésta de la voluntad novatoria de las partes, o de la concurrencia de cualesquiera otras causas de extinción de las obligaciones.

¹⁵ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 347. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., núm.432, p. 402.

¹⁶ GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 63 y ss. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 402 y ss.

delegado y delegatario es nuevo y distinto del que liga al delegado con el delegante, esto es, el principio de relatividad del contrato; la inoponibilidad se explica porque el error se produce en una relación respecto de la cual el acreedor es tercero (sin perjuicio de que el error sea también relevante en la relación entre delegado y acreedor)¹⁷.

Ahora bien, el discurso doctrinal se va paulatinamente «causalizando», y la cuestión sobre si el delegado puede oponer al delegatario el error que concurre en la relación de cobertura se convierte en la cuestión sobre si la obligación del delegado es causal o abstracta; y desde esta perspectiva, la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura no es ya consecuencia de la «relatividad» del contrato, sino de su «abstracción», convirtiendo así una cuestión de eficacia (inoponibilidad de aquello que es ajeno a la relación *inter partes*) en una cuestión de validez (la causa del contrato como mecanismo de control de desplazamientos patrimoniales provocados por éste).

En este cambio de perspectiva influyeron diversos factores. Por un lado, la tendencia a subjetivizar el concepto de causa¹⁸. Por otro, la libertad de las partes para *incorporar* al contrato circunstancias en principio ajenas al mismo (como la relación de cobertura respecto del contrato entre delegado y delegatario), haciéndolo así depender de éstas¹⁹; de aquí a la idea de «causalizar los motivos» del contrato no hay más que una diferencia terminológica, pero ya se ha conseguido plantear la cuestión desde una perspectiva causal²⁰. Indudablemente, tampoco fue ajeno a este viraje el que la doctrina alemana hablase de «abstracción» para referirse a su contrato de

¹⁷ DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 324 y ss., pp. 229 y ss. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 229.

¹⁹ LAURENT (*Principes...*, XVIII, cit., núm. 319, pp. 335 y 336) matiza la inoponibilidad del error afirmando que si el delegado se obligó frente a delegatario *como deudor del delegante*, podrá alegarlo de forma eficaz también frente al acreedor, salvo que éste, confiando de buena fe en la obligación del delegado, haya descuidado o destruido sus títulos contra el delegante, tal y como se protege al *accipiens* de buena fe en la regulación del pago de lo indebido. Generalizando esta idea, dicen PLANIOLY RIPERT (*Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1274, pp. 678 y 679) que en principio las excepciones que corresponden al delegado frente al delegante son inoponibles al delegatario, salvo que la relación de cobertura entre delegante y delegado se haya incorporado a la convención que éste adopta frente al delegatario, sin necesidad de proteger al acreedor en este último caso mediante la aplicación analógica de la regulación del pago de lo indebido.

²⁰ Ya MARCADÉ (*Explication...*, IV, cit., núm. 774, p. 623) enseña que aunque el delegado se obligue por creerse deudor del delegante no cesa su obligación de pago frente al acreedor, ya que esta obligación tiene por *causa*, no la existencia de una deuda entre delegado y delegante, sino más bien la extinción de la deuda existente entre delegante y delegatario; no siendo su *causa*, aquella otra deuda entre delegado y delegante sólo puede considerarse como *motivo* del contrato entre delegado y delegatario, y como tal, irrelevante de cara a la validez de éste.

asunción de deuda²¹, en el que el nuevo deudor no puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la relación que le une con el deudor primitivo (§ 417.II BGB). Ahora bien, la identidad del conflicto que plantean ambos códigos es sólo aparente.

En el Código civil alemán el nuevo deudor *asume una deuda del primitivo*, y lo hace (salvo en el supuesto «expromisorio» del § 414 BGB) en virtud de un contrato acordado con el primitivo deudor que necesita de la ratificación del acreedor para producir el efecto liberatorio (§ 415 BGB). El legislador alemán detecta que en este caso los sujetos que protagonizan la asunción de deuda y la relación de cobertura son los mismos, por lo que resulta difícil justificar que ambas relaciones no se condicionen; para evitarlo introduce un precepto que consagra su independencia (§ 417.II BGB), pero el *Bundesgerichtshof* encuentra fácilmente pretextos para relativizar esta «abstracción»²².

Por lo que respecta al derecho francés, no hay que insistir en que el nuevo deudor –delegado– ni *asume la deuda del delegante*, ni lo hace por un contrato celebrado con el delegado; por el contrario, *debe* una deuda propia en virtud de un nuevo vínculo existente entre él y el delegatario. Colin y Capitant ya advierten que «los

²¹ Hoy se sigue hablando de «abstracción», matizando qué debe ser entendido por tal. ERMAN/WESTERMANN, *B.G.B. Handkommentar*, 1, 9.ª ed., Münster, 1993, Vor § 414, Rn. 4. KADUK, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.ª ed., Berlin, 1994, § 414, Rn. 22. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., München, 1987, p. 608.

²² Tanto el *RG* como el *BGH* (*RGZ* 58, p. 386; *BGHZ* 31, p. 321) han admitido la posibilidad de que el asumente impugne la asunción de deuda acordada con el deudor (§ 415 B.G.B.) por problemas derivados de la relación de cobertura, argumentando que cuando la asunción de deuda se acuerda por ambos deudores forma con la relación de cobertura un negocio jurídico unitario que, en virtud del § 139 B.G.B., puede ser impugnado como conjunto, aun cuando sólo sea impugnabile alguna de sus partes integrantes. La doctrina critica esta postura jurisprudencial, aunque no faltan autores que la aceptan bajo determinadas condiciones: ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, I-2.º, 7.ª ed., Heidelberg, 1993, p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20. ZEISS en *SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 12.ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, § 417, Rn. 6. Entre las opiniones matizadas, MEDICUS (*Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 11.ª ed., München, 1999, pp. 360 y 361) acepta las decisiones jurisprudenciales, pero advirtiendo que en realidad la asunción no fracasa por el defecto de la relación de cobertura, sino porque ese mismo defecto concurre en la propia relación de asunción de deuda. NÖRR (en NÖRR/SCHEYHING, *Sukzessionen*, Tübingen, 1983, p. 306. La reciente segunda edición de esta obra –NÖRR/SCHEYHING/PÖGGELER, *Sukzessionen*, Tübingen, 1999– reproduce sin cambios, en lo referente a la asunción de deuda liberatoria, el contenido de la primera) se suma al parecer jurisprudencial siempre que se limite al supuesto de compraventa de fundo con asunción de deuda garantizada mediante derecho real sobre el mismo. HEINRICH (en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.ª ed., München, 1999, § 417, Rn. 6) propone debilitar la abstracción, tanto en el supuesto de «doble vicio», como cuando las partes hayan querido agrupar la relación de cobertura y la asunción en un único negocio jurídico complejo (§ 139) y concurren ciertos «presupuestos concretos» que permitan apreciar dicha voluntad, como cuando ésta ha sido notificada debidamente al acreedor, de forma que pueda entenderse comprendida por el asentimiento de éste (MÖSCHEL, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, 3.ª ed., München, 1997, § 417, Rn. 10).

jurisconsultos alemanes y suizos explican este resultado (inoponibilidad de la relación de cobertura) diciendo que la aceptación (de la obligación por parte del delegado) crea una obligación abstracta cuya validez es independiente de toda causa de obligación entre el delegado y el delegante», y que «las soluciones de nuestro derecho francés son idénticas desde el punto de vista práctico, sin que sea necesario recurrir a la misma explicación»²³. La advertencia no fue sin embargo escuchada, y, al plantearse la cuestión como *causal* y en el marco codificado de la novación, los autores franceses arrastran la necesidad causal típica de la novación (la extinción de una relación obligatoria válida como causa para la posible creación de otra nueva²⁴) a la delegación, y acaban por exigir para ésta la validez de la relación primitiva entre delegante y delegatario, a lo que sin duda contribuye también el que la delegación liberatoria sólo se conciba como novatoria (extintiva)²⁵.

En síntesis, el tratamiento por parte de la doctrina francesa de los posibles modos de cambiar de deudor tropieza, en primer lugar, con la vinculación entre el efecto extintivo de la relación originaria y el efecto liberatorio del primitivo deudor²⁶; y en segundo lugar, con la «causalización» de la cuestión sobre las excepciones oponibles y la importación de la causa exigida por la novación a la delegación. Junto a otros procedimientos que posibilitan el cambio de deudor (como la estipulación en favor de tercero —*stipulation pour autrui*—, la novación o la delegación²⁷), la *cession de dette* se admite como figura negocial atípica al amparo del principio de autonomía negocial²⁸, pero no faltan autores

²³ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 228.

²⁴ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242, p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1258, p. 664. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 271, p. 329.

²⁵ GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 63 y ss. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 402 y 409.

²⁶ DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., p. 310: «la liberación del deudor antiguo y la novación de la obligación primitiva (la que corresponda a aquél) son dos caras distintas, y es muy grave el error en que incurrieron los Códigos francés e italiano al confundir esos dos hechos de tal suerte que no se pudieron concebir el uno sin el otro».

²⁷ GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 60 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 474. En el marco del derecho belga, VAN OMMESLAGHE, «La transmission des obligations en droit positif belge» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 143 y ss. Ver también, DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 262 y ss.

²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, III, *Delle obbligazioni* (trad. por BONFANTE, PACCHIONI y STRAFFA), Milano, 1914, núm. 1766, p. 93. JOSSE RAND, *Derecho civil*, II-1.º, Buenos Aires, 1950, pp. 657 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., p. 478. No falta quien mantiene que la omisión del legislador fue deliberada, de forma que su silencio debe interpretarse en contra de la transmisibilidad de las

que han expresado su deseo de contar con una regulación positiva que proporcione mayor seguridad jurídica a las operaciones de este tipo²⁹.

Teniendo en cuenta que el *Codice* decimonónico reprodujo prácticamente el articulado francés³⁰, y antes de abordar las importantes novedades que se produjeron en 1942, le llega el turno a nuestro codificador. Como en tantas otras materias, éste parte del modelo francés, pero las modificaciones que se introducen no son tan insignificantes como pudieran parecer; de hecho, casi consigue que la delegación desaparezca de la regulación de la novación, por lo que podríamos presumirle, al menos, la intención de deslindar adecuadamente ambas figuras. A pesar del intento, la delegación siguió asomada al panorama normativo de la novación con su pequeña pero definitiva participación en el artículo 1206 CC. Esta mención, que probablemente no tuvo otra finalidad que la de distinguir los procedimientos de cambio de deudor en los que interviene el deudor primitivo, de cara a su posible responsabilidad por insolvencia del nuevo deudor, propició que la confusión entre novación y delegación perdurara³¹.

La doctrina ha criticado al codificador español que no haya sabido vincular el efecto extintivo al término novación, evitando así la polémica en torno a la posibilidad de aceptar en derecho español una «novación modificativa»³². Pero es evidente que al legislador no le preocupaba la coherencia terminológica; lo realmente complicado era pretender (como parece pretendía) hacer compatible la liberación del deudor primitivo con una propuesta no necesariamente extintiva, sin deshacerse del molde codificado heredado (la novación como camino para lograr un cambio de deudor a tra-

deudas, MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, *Théorie générale. Obligations. Biens*, Paris, 1956, p. 1011.

²⁹ FONTAINE, «La transmission des obligations de lege ferenda» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX Journées juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, p. 477. GHESTIN, «La transmission...», cit., p. 79. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., p. 477. También solicita la intervención del legislador en todos los ordenamientos latinos DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 334 y ss.; y en el derecho español, COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205.

³⁰ Curiosamente, el *Codice* italiano introduce como única novedad un precepto que aclara que «el deudor que haya aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor originario, sin perjuicio de la acción que le corresponda frente a éste. Tratándose de excepciones personales, el deudor puede oponerlas si concurren también en el momento en el que consintió la delegación».

³¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 836: «la idea de *delegare* indica sólo la autorización concedida por el delegante al delegado». GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reedición a cargo de LACRUZ BERDEJO), 1974, p. 604 (art. 1134 del Proyecto de 1851).

³² SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, II, cit., p. 322.

vés de las figuras de la delegación y de la expromisión). Nuestro texto legal no considera el efecto extintivo como condición para la liberación del deudor primitivo, como parece hacerlo el francés³³; pero está claro que tampoco contempla la asunción de deuda liberatoria.

En Alemania la codificación estuvo precedida por una intensa polémica doctrinal en torno a la posibilidad de transmitir a título singular las deudas³⁴. El resultado es un derecho positivo que ignora la novación (aunque nada se opone a que siga siendo posible al amparo del principio de autonomía negocial³⁵) y que reconoce la posibilidad de *asumir la deuda de otro*. Sin duda, la principal novedad que introduce el modelo alemán es precisamente la regulación de la «asunción de deuda» (§ 414 a 418 BGB): mediante acuerdo entre acreedor y asumente (§ 414), o entre deudor y asumente ratificado por el acreedor (§ 415), el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor en el marco de la relación obligatoria en la que ésta existe (relación de valuta entre acreedor y deudor). Por tratarse de la misma relación obligatoria, el asumente puede oponer al acreedor todas las excepciones que, derivadas de la misma, hubiera podido oponer el primitivo deudor, aunque se excluye expresamente la posibilidad de compensar créditos de éste (§ 417.I). En cuanto a las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente, el párrafo segundo del parágrafo 417 excluye su oponibilidad frente al acreedor, consagrando así la «abstracción» del contrato de asunción de deuda. Por lo que respecta a las garantías, sólo permanecen con el consentimiento de los garantes; los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido hacer valer en el concurso de acreedores contra el deudor no pueden hacerse valer en el concurso del asumente (§ 418).

La delegación ha sido positivizada a través de una de sus posibles manifestaciones en la llamada «Anweisung» (§ 783-792)³⁶.

³³ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 26 y 27. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pp. 262 y 263. GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., p. 382. LASARTE, *Principios...*, 2, cit., pp. 214 y 215.

³⁴ Polémica que surge a partir de la monografía de DELBRÜCK (*Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlin, 1853), y de la que forman parte los trabajos clásicos de KNOKE [«Die Sondernachfolge in die Schuld bei befreiender Schuldübernahme», *JherJb*, 60 (1912), pp. 407 y ss.] –a favor de la sucesión–, y de STROHAL [«Schuldübernahme», *JherJb*, 57 (1910), pp. 273 y ss.] –en contra–. Sobre la polémica, véase una buena síntesis en STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 9 y ss.

³⁵ LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 91 y 92. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 141. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Tübingen, 1997, p. 243. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 13.

³⁶ BIGIAMI (*La delegazione...*, cit., pp. 51 y ss.) y DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 856) la llaman «asignación». ALFARO y BRÜCKNER traducen la expresión alemana directamente por «delegación» (en HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 47 y ss.).

En virtud de ésta, el delegante entrega al delegatario un documento en el que se encarga al delegado que realice en favor de éste una prestación de dinero, títulos valores u otras cosas fungibles. El delegatario, que presenta el título al delegado, actúa en nombre propio. El delegado, que realiza el pago derivado del título (auténtico título-valor «civil»), o que asume la obligación de pago por la aceptación del mismo, cumple con una obligación propia, aunque por cuenta del delegante. Con la aceptación por parte del delegado, surge para éste una obligación «abstracta» en el sentido de independiente de las relaciones de provisión y valuta³⁷. La doctrina alemana reconoce la pequeña importancia práctica de esta figura, sin duda absorbida por los títulos-valores mercantiles³⁸, pero su existencia y ubicación dentro del BGB confirma la independencia de la delegación respecto de la novación y de la asunción³⁹.

El *Codice* italiano de 1942 contiene una original propuesta que no contempla la novación subjetiva pasiva, y que a través de un precepto remisorio (art. 1235) consigue que el cambio de deudor, novatorio o no, resulte sólo posible al amparo de alguna de estas tres vías: la delegación, la expromisión y el *accollo* (arts. 1268 a 1276).

La delegación típica de los artículos 1268 y siguientes es «abstracta» (el delegado no puede oponer las excepciones derivadas de las relaciones de valuta y cobertura) y no liberatoria, pero por tratarse de una regulación de derecho dispositivo, las partes pueden, no sólo pactar el efecto liberatorio (tal y como se desprende de la propia letra del precepto), sino también hacer depender la delega-

³⁷ No es ninguna casualidad que la explicación de esta abstracción coincida con la que los comentaristas franceses proponían para la inoponibilidad de excepciones por parte del delegado frente al delegatario. Así, HUECK y CANARIS afirman que la abstracción «resulta sin más del hecho de que la obligación del delegado se basa en un específico contrato con el delegatario. Este contrato no puede depender de la relación de provisión o de valuta, puesto que estas relaciones no se constituyen entre el delegado y el delegatario, sino entre cada uno de ellos y un tercero»; en la asignación, «el delegatario hace valer una pretensión basada en un derecho propio, por lo que las excepciones que pudieran dirigirse contra la persona de su predecesor no entran *a priori* en consideración, lo que significa que *no necesitan ser excluidas*» (*Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 52 y 53). Luego es la propia relatividad de las relaciones contractuales la que justifica la inoponibilidad de excepciones sin necesidad de acudir a una «abstracción» en sentido estricto.

³⁸ HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 47 y ss.

³⁹ En la línea señalada por el BGB, el Código civil portugués regula la transmisión singular de deudas («de la transmisión de créditos y deudas», arts. 595-600), pero sin dejar de ocuparse de la novación entre las formas de extinción de las obligaciones distintas del cumplimiento (arts. 857-862). En cuanto a la delegación, ésta no encuentra ningún pronunciamiento positivo concreto, dejando así clara su independencia respecto de la asunción y de la novación. Sobre la asunción de deuda en el derecho portugués, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 4.ª ed., Coimbra, 1990, pp. 346 y ss. DA MOTA PINTO, *Cessao da posição contratual...*, cit., pp. 157 y ss., 170 y ss. NETO y MARTINS, *Código civil anotado*, 7.ª ed., Coimbra, 1970, arts. 595 y ss., pp. 464 y ss. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1982, arts. 595 y ss., pp. 579 y ss.

ción de una o ambas relaciones de base (lo que se ha venido a llamar «titular» la delegación, bien en la relación de cobertura, bien en la relación de valuta, bien en ambas)⁴⁰.

La expromisión del artículo 1272 se concibe como un contrato llevado a cabo entre el acreedor y nuevo deudor por el que éste *asume* la deuda del deudor primitivo, lo que explica que pueda oponer las excepciones derivadas de la relación de valuta; no produce efecto liberatorio salvo que el acreedor lo «declare expresamente»⁴¹.

El *accollo* (art. 1273) es el contrato entre deudor y asumente por el que éste asume la deuda de aquél, y que se ofrece al acreedor para su ratificación. Cuando el *accollo* no libera al deudor, la figura encaja, al igual que la terminología del precepto, en el esquema del contrato en favor de tercero; la adhesión del acreedor hace irrevocable la «estipulación» realizada en su favor (art. 1273.I). Ahora bien, el contrato en favor de tercero difícilmente puede explicar un *accollo* que pretenda liberar al deudor, ya que en este caso el beneficiario (el acreedor) no sólo impide con su adhesión que las partes del contrato puedan modificarlo o revocarlo, sino que dispone de su crédito; de aquí que la cuestión sobre la naturaleza jurídica del contrato de *accollo* no haya sido aún resuelta⁴². El *accollo* liberatorio «equivale», desde un punto de vista dogmático, al contrato de asunción de deuda celebrado por deudor y asumente que necesita del consentimiento del acreedor para liberar a aquél (§ 415 BGB), sin perjuicio de que hasta entonces sirva entre las partes como contrato de asunción de cumplimiento (*accollo* interno; § 415.III BGB)⁴³.

El modelo italiano posee la virtud de poner de relieve que el diverso camino por el que se haya optado para proceder al cambio de deudor resulta relevante de cara a la oponibilidad de excepciones derivadas de las relaciones de base. En la delegación el nuevo deudor se obliga por un título nuevo, independiente de las relaciones de valuta y cobertura⁴⁴; en la expromisión, el expromitente

⁴⁰ GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 338. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 405. DE SANTIS, en «Commentario del Codice civile diretto da CENDON», IV, Torino, 1991, art. 1268, p. 296; art. 1271, pp. 298 y 299. TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milano, 1986, p. 436.

⁴¹ GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 332. MANCINI, en «Commentario del Codice civile diretto da CENDON», IV, Torino, 1991, art. 1272, p. 302; en «La delegazione...», cit., pp. 420 y ss. QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione» en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1960, pp. 885 y 886. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 963.

⁴² CICALA, voz «Accollo» en *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 283 y ss., 290 y 291. MANCINI, en «Commentario...», cit., p. 302; en «Delegazione...», cit., pp. 422 y ss. RESCIGNO, voz «Accollo» en *Novissimo Digesto Italiano*, I-1.º, Torino, 1957, p. 143.

⁴³ MANCINI, en «Commentario...», cit., art. 1273, p. 303; en «Delegazione...», cit., p. 428. TRIMARCHI, *Instituzioni...*, cit., p. 436.

⁴⁴ En la delegación, el papel de la relación de valuta se limita a determinar el contenido de la obligación del delegado; ésta es independiente de ambas relaciones de base –valuta y cobertura–, sin que por ello pueda ser tachada de «abstracta» (BIGIARI, *La dele-*

asume la deuda y «concorre» en la relación obligatoria que une al deudor con el acreedor (relación de valuta), de aquí que lo que en ésta ocurra sea también oponible por el asumente (expromitente); mediante el *accollo* se consigue también la asunción de la deuda, pero como la obligación de asumir surge para el nuevo deudor frente al deudor primitivo, esto es, como las partes del contrato de asunción y de la relación de cobertura son las mismas, se concede al *accolante* la posibilidad de oponer frente al acreedor las excepciones derivadas de ésta, como ocurre en el contrato en favor de tercero, en el que parece haberse inspirado el legislador, o tal y como el propio *Bundesgerichtshof* relativiza la «abstracción» del parágrafo 417.II BGB en el marco del derecho alemán. De aquí que en los ordenamientos que carecen de un precepto como el mencionado parágrafo 417.II BGB se deban distinguir aquellas modalidades de asunción en las que el nuevo deudor se obliga frente al acreedor de aquellas otras en las que lo hace frente al deudor primitivo (aunque el consentimiento del acreedor sea siempre necesario para producir el efecto liberatorio).

El principal reproche que debe hacerse al codificador italiano es que haya yuxtapuesto la delegación (mecanismo negocial complejo utilizado —en este caso— para «cambiar» de deudor⁴⁵), la expromisión (entendida como verdadero contrato de asunción de deuda entre acreedor y asumente) y el *accollo* (que puede encajar, si liberatorio en el contrato de asunción de deuda realizado por ambos deudores con ratificación del acreedor, si cumulativo en el contrato en favor de tercero), como si se tratara de figuras jurídicas de similar entidad, por compartir —eventualmente— la misma función⁴⁶.

gazione..., cit., p. 271), al menos, en el sentido de que no por ello deja de cumplir con el requisito causal exigido por el artículo 1274 de nuestro Código civil.

⁴⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 359. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y 199. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 853 y 854. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 402. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 395. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 678.

⁴⁶ La decisión del legislador italiano de no distinguir entre novación y sucesión ha merecido tanto críticas (BIGIARI, «Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano», *RDP*, 1943, pp. 492, 495 y 498. CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 332. STOLFI, «Appunti sulla cosiddetta successione particolare nel debito», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, pp. 735 y ss.), como alabanzas (MANCINI, en «Comentario...», cit., art. 1272, p. 301; en «Delegación...», cit., p. 416. RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 141; voz «Delegazione...», cit., p. 948), pero lo cierto es que no ha conseguido evitar que la polémica entre sucesión y novación siga existiendo en aquellos aspectos concretos en los que se ha olvidado u omitido una previsión específica, como son la prescripción, la cláusula compromisoria, la cláusula penal, o la conservación de los privilegios (RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 948. RODOTÁ, voz «Espromissione» en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 789. STOLFI, «Appunti...», cit., pp. 735 y ss.). Otras valoraciones de autores no italianos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit., pp. 357 y ss. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 206. DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 169. NEUMAYER, «La transmisión...», cit., pp. 241 y ss.

Así como la *espromissione* y el *accollo* corresponden a los contratos de asunción de deuda regulados por el BGB en los párrafos 414 y 415, respectivamente, la delegación es un cuerpo extraño en este ámbito de referencia que es la asunción de deuda; y lo es porque *lo proprio* de la delegación, aun cuando se persiga con ella un «cambio» de deudor, es que el nuevo deudor se obliga frente al acreedor, por orden del deudor primitivo, a cumplir una deuda como la debida por éste, y el acreedor a reconocer el pago de aquél como el que debía haber llevado a cabo éste, sin que ello provoque la *asunción* de la deuda originaria por parte del nuevo deudor, cuya obligación es independiente de las relaciones de cobertura y valuta.

El deudor que *delega* su deuda para que sea *asumida* por el delegado no es distinto del deudor que acuerda la asunción de deuda con el asumente en el contrato de *accollo*. Ciertamente que en el *accollo* el asumente no se obliga, además, frente al acreedor, como hace el delegado, pero tanto el acreedor que ratifica el contrato de *accollo* como el que acepta la delegación conocen la relación previa (*accollo, delegazione*) existente entre ambos deudores. Por tratarse de asunción de deuda, la relación de valuta será oponible en ambos casos. Por lo que respecta a la relación de cobertura, pretender que las excepciones derivadas de ésta son oponibles en el supuesto de «*accollo*» y no en el de «delegación» es algo que puede agarrarse al texto codificado italiano, pero, en ningún caso, consecuencia lógica del «tipo» delegatorio. La mal llamada «asunción delegatoria» será siempre, o un contrato de asunción acordado por ambos deudores y ratificado por el acreedor (el *accollo* «titulado» en ambas relaciones, de valuta y cobertura), o un contrato trilateral (que por ser de asunción se encuentra «titulado» en la valuta, y al que las partes pueden incorporar o no la relación de cobertura). La delegación de la que nace una obligación que es independiente de las relaciones de valuta y cobertura tiene poco que ver con la asunción liberatoria de deuda, por más que entre sus múltiples funciones esté la de conseguir que una deuda sea pagada por otro deudor distinto del originario. No olvidemos que cuando la palabra «delegación» aparece en la regulación codificada de la novación no lo hace para significar tal figura sustantiva o tipo negocial, sino para designar o adjetivar la novación en la que interviene el deudor, distinguiéndola así de la novación en la que éste no toma parte (variante *expromisoria*).

Por ello, lo más sensato es considerar que las posibles vías para asumir son, bien el contrato celebrado por el acreedor con el asumente (*expromisión*, § 414 BGB), bien el contrato acordado entre deudor y asumente ratificado por el acreedor (*accollo*, § 415 BGB), bien el contrato trilateral.

De este recorrido por los diversos modelos codificados pueden extraerse algunas ideas claras que ayudan a plantear correctamente la problemática relacionada con la asunción de deuda: aunque pueden compartir función (cambio de deudor en la relación obligatoria), el diverso procedimiento por el que se llevan a cabo distingue claramente la novación de la asunción; aquélla se sirve de la extinción de la primitiva relación obligatoria y correlativa creación de una nueva, ésta provoca la incorporación a la relación obligatoria primitiva de un tercero que asume la deuda del deudor primitivo, sin que éste abandone su lugar como parte contractual⁴⁷. El asunto *se obliga* en virtud del acuerdo de asunción, pero *cumple* en el marco de la relación que sigue ligando al deudor con el acreedor (relación de valuta).

Poniendo un poco de orden terminológico, puede afirmarse que la novación produce «modificación» a través de la extinción de la obligación primitiva y correspondiente creación de una nueva que incorpora el cambio deseado, en tanto la asunción proporciona un nuevo deudor a la relación preexistente sin que el deudor primitivo deje de ser parte contractual. Por ello, «novación» y «asunción» son términos que hacen sobre todo referencia al efecto, extintivo o sucesorio respectivamente, que procuran; ni una ni otra prejuzgan el tipo de contrato por el que se haya llegado a obtenerlo⁴⁸.

Ambos fenómenos jurídicos coinciden en exigir validez a la relación jurídica primitiva que viene a «modificarse». Ahora bien, en el caso de la novación se trata de la necesidad *causal* de un mecanismo negocial en el que creación y extinción se justifican recíprocamente, siendo así que para que algo pueda extinguirse es necesario que previamente exista (art. 1208 CC)⁴⁹. En la asunción de deuda, la relación de valuta es una necesidad estructural y funcional de un supuesto negocial en el que la deuda cambia de titular, pero no de relación obligatoria⁵⁰. En cuanto a la influencia de la

⁴⁷ ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 14. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 285. PALANDT/HEINRICH, Vor § 414 ff., Rn. 1. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 9.

⁴⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 797 y ss. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 605.

⁴⁹ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242, p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 271, p. 329. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 329.

⁵⁰ Un ejemplo de asunción de deuda/prestación de servicio puede resultar aleccionador: si Cayo, flautista de profesión, se compromete a cumplir con la obligación de su amigo Ticio, también flautista, de tocar en el concierto del viernes, al que éste no puede acudir por enfermedad repentina, y el acreedor (la orquesta) acepta ante el riesgo de quedarse sin flautista para la ocasión, la asunción sólo tiene sentido si la deuda se cumple en el marco en el que el deudor primitivo debía cumplirla, esto es, a la hora y lugar convenidos para el concierto; cualquier otra posibilidad nos haría sonreír. El objeto de la prestación (la deuda)

relación de cobertura sobre la asunción, ya se ha señalado que habrá que distinguir en función de que la obligación del asumente haya surgido frente al acreedor o frente al deudor primitivo.

III. MODALIDADES

1. Por sus efectos: asunción de deuda liberatoria o cumulativa, asunción de cumplimiento

Uno de los efectos del convenio de asunción de deuda puede ser *la sustitución* del primitivo por el nuevo deudor, quedando aquél liberado de la obligación de satisfacer la deuda o prestación, que recae ahora sobre éste (asunción de deuda liberatoria). Esta operación exige, en todo caso, el consentimiento del acreedor, que dispone de su crédito en la medida en que consiente el cambio de identidad del sujeto obligado (de aquí que se le exija capacidad de disponer)⁵¹. Ahora bien, con la sustitución el deudor primitivo no desaparece de la relación que le liga con el acreedor, simplemente deja de estar obligado a realizar la prestación debida (sin perjuicio de responder por insolvencia cualificada del asumente, en los términos previstos por el art. 1206 CC). De aquí que una de las tareas más necesarias en esta materia sea la de delimitar adecuadamente los derechos y facultades que se transmiten al asumente, como nuevo deudor, de aquellos que siguen a disposición del primitivo, que no deja de ser parte contractual.

En la asunción de deuda cumulativa el nuevo deudor se incorpora a una relación jurídica preexistente, no en lugar del primitivo deudor, sino junto a éste. El acreedor no dispone de su crédito, puesto que acepta que el asumente quede obligado en los mismos términos en los que lo estaba el deudor, sin liberar a éste, pudiendo

es sólo la interpretación de una partitura, pero como tal, la deuda sólo puede existir en el marco de la relación obligatoria en la que existe, esto es, en el concierto del viernes. Es evidente que si éste se cancela, esta circunstancia afecta también al asumente, que no podrá empeñarse en «cumplir» para poder exigir lo que Ticio se hubiera comprometido a pagarle.

⁵¹ Entre los autores alemanes goza de predilección la expresión con la que LARENZ ilustra esta idea: en la asunción de deuda es el mismo crédito, que antes se dirigía contra el deudor primitivo, el que de ahora en adelante se dirige contra el nuevo deudor; no se cambia el contenido de la obligación, *sino su dirección* (*Lehrbuch...*, cit., p. 603). ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. NEUMAYER, «Transmission...», cit., p. 229. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 186. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25 y 26; § 414, Rn. 5. La idea de que el acreedor que consiente el cambio de deudor dispone de su crédito estaba ya clara entre los exégetas y comentaristas de los códigos latinos anteriores al alemán: MARCADÉ, *Explication...*, IV, núm. 749, p. 604. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5.^a ed., Firenze, 1926, núm. 134, p. 583. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 293, p. 355.

por tanto exigir la prestación de cualquiera de ambos como si se tratara de deudores solidarios⁵².

Cuando no está claro si las partes han querido la asunción de deuda liberatoria o cumulativa, la duda —se dice— debe resolverse, como norma general, en favor de esta última⁵³. No es que exista una «presunción de acumulación» (que como tal presunción sólo podría establecerse por ley)⁵⁴; más bien se trata de un criterio interpretativo según el cual, en la duda, lo que no puede «presumirse» es la voluntad de disponer del acreedor. Ahora bien, cuando la asunción de deuda acompaña la compraventa del bien con el que se garantiza aquélla (el comprador de finca hipotecada asume la deuda que se garantiza mediante la hipoteca), otro criterio de interpretación propone que sea en adelante el comprador el único obligado, pues de esta forma se evita que la relación obligatoria de deuda y la relación real de garantía se den entre personas distintas⁵⁵ (criterio que late en el art. 118 LH)⁵⁶. Este cambio de canon hermenéutico «a favor» de la asunción de deuda liberatoria responde a que, en aquellos supuestos en los que existe un bien cuyo valor garantiza el pago de la deuda, el interés del acreedor está, no tanto en la identidad del titular de la garantía, como en la conservación de ésta⁵⁷.

⁵² Entre las más recientes, SSTS de 20 de mayo de 1997 y de 11 de noviembre de 1996. COSSIO, «La transmisión...», cit., p. 205. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. ESSER/SCHMIDT, *Schul-drecht...*, cit., p. 300. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, *Vor § 414 ff.*, Rn. 9 y 13. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 312. SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, *Vor § 414 ff.*, Rn. 37 y 49. En Italia, el artículo 1268 del *Codice* dice sobre la delegación cumulativa que el acreedor que ha aceptado la obligación del delegado no puede dirigirse contra el delegante si primero no ha exigido cumplimiento de aquél, y los autores discuten si esta norma debe entenderse también aplicable a la expromisión y al *accollo* a pesar del tenor («in solido») de los artículos 1272 y 1273: DE SANTIS, en «Commentario...», cit., art. 1269, p. 297. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 342. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 415. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 942 y ss. Entre los autores franceses, PLANIOL y RIPERT aceptan la analogía con la solidaridad pasiva (*Traité pratique...*, VII, p. 682), en tanto BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE O LAURENT excluyen que se trate de codeudores solidarios (*Trattato...*, III, cit., núm. 1753, p. 72; *Principes...*, XVIII, Bruxelles, 1878, núm. 349, p. 321).

⁵³ COSSIO, «La transmisión...», cit., p. 205. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 851. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 401. NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *AAMN*, V, Madrid, 1950, p. 477. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Expromisión», en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, p. 3001. SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 14. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 9.

⁵⁴ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 276 y ss.

⁵⁵ SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 14. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 9.

⁵⁶ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., pp. 302, 310 y ss.

⁵⁷ LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 602. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 359. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, *Vor § 414 ff.*, Rn. 1. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., p. 310. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 303. STAUDINGER/KADUK, *Vor § 414 ff.*, Rn. 2. Autores que dedican unas líneas a la «transmisión de deudas accesoria de la de un bien»: GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 72 y ss. VAN OMMESLAGHE, «La transmission...», cit., pp. 150 y ss.

Otra posibilidad es que el nuevo deudor pacte con el primitivo la asunción de deuda con efectos meramente *inter partes*, de forma que sea sólo el deudor, y no el acreedor, quien pueda exigir de aquél el cumplimiento de la obligación⁵⁸ (sin perjuicio de que el deudor ceda al acreedor su pretensión de cumplimiento frente al asumente⁵⁹). Se trata de la asunción de cumplimiento⁶⁰. El contenido de la obligación del asumente puede ser, según los casos, de lo más diverso: obligarse a cumplir la obligación del deudor en los mismos términos en que estuviera obligado éste; obligarse a liberar al deudor originario con posibilidad de elegir el modo de liberación; obligarse a prestar los medios para que cumpla el obligado, o a compensar el valor patrimonial perdido por éste una vez satisfecha la deuda, etc.⁶¹ En caso de que el nuevo deudor no cumpla, obligando así a hacerlo al primitivo, éste puede exigir de aquél el daño derivado del incumplimiento, como en cualquier otra relación contractual⁶².

También puede ocurrir que las partes no hayan querido un mero convenio de asunción de cumplimiento, sino un verdadero contrato de asunción de deuda en el que pretendan hacer participar al acreedor. Ahora bien, en tanto el acreedor no responda a la propuesta, o cuando la rechace, se plantea la cuestión sobre el alcance obligacional del acuerdo preliminar adoptado por los deudores.

En general se estima que es posible deducir una voluntad tácita de las partes en favor de la asunción de cumplimiento⁶³, y en su caso de una asunción de deuda cumulativa⁶⁴. Ahora bien, la posibilidad de «descubrir» dicha voluntad tácita es, sin duda, un problema de inter-

⁵⁸ CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 605. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 21. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 314. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 945; voz «Accollo...», cit., p. 142. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, p. 312. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 72 y ss.

⁵⁹ CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 284. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 13. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1112.

⁶⁰ Muchos de los supuestos de asunción de deuda contemplados en la jurisprudencia corresponden a esta modalidad de «asunción de cumplimiento»: SSTs de 21 de marzo de 1996, de 9 de octubre de 1995 y de 26 de abril de 1993; STSJ Cataluña 7 de febrero de 1991, RDGRN 4 de octubre de 1994.

⁶¹ RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 142.

⁶² SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 742. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 2. STS de 12 de junio de 1990.

⁶³ CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 945. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 742. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 278) previene contra la admisión de auténticas presunciones.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 844 y 845.

pretación de la voluntad de las partes. El derecho alemán se encarga expresamente del mismo y prevé la conversión del convenio no ratificado en convenio de asunción de cumplimiento (§ 415.III BGB)⁶⁵. Pero entre nosotros no existe previsión legal alguna, por lo que, abandonando la automaticidad de la «conversión legal»⁶⁶, habrá que considerar en cada caso si la asunción pactada por los deudores que no haya sido ratificada por el acreedor puede convertirse, por voluntad presumible de aquéllos y según los criterios generales de interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss.), en mera asunción de cumplimiento⁶⁷.

Es necesario, por lo tanto, examinar las declaraciones de voluntad de las partes para comprobar si cabe deducir de las mismas la voluntad de constituir, a pesar de la negativa o del silencio del acreedor, un compromiso de cumplimiento a cargo del asumente, o una asunción cumulativa de deuda a través de estipulación en favor de tercero⁶⁸. Nada impide que el análisis de las declaraciones de voluntad de ambos deudores arroje como resultado que no hayan querido ningún tipo de relación jurídica en ausencia de la ratificación del acreedor, que hayan hecho depender la asunción interna de algún otro factor, o tantas otras soluciones⁶⁹. Éstas dependerán también del esquema negocial concreto por el que hayan optado las partes, ya que si han propuesto al acreedor una oferta de contrato trilateral, la falta de consentimiento por parte de éste (aceptación) hará imposible la constitución de la relación contractual proyectada (sin perjuicio de otras relaciones contractuales bilaterales); mas si se trata de un acuerdo entre deudores propuesto para ratificación del acreedor, la ausencia de ésta no impide la subsistencia de una asunción de cumplimiento.

La diversa trascendencia de los posibles efectos de la asunción (dispositivo o meramente obligatorio) hace aconsejable distinguir, de cara al análisis del contrato, la modalidad liberatoria de la cumulativa.

2. Asunción de deuda liberatoria: procedimientos para asumir

El tratamiento tradicional de la modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor puede inducir al error de que expromisión, delegación y contrato de asunción de deuda (adoptado por

⁶⁵ § 415.III BGB: «En tanto el acreedor no haya otorgado la ratificación, en la duda el asumente está obligado frente al deudor a satisfacer al acreedor en tiempo oportuno. Lo mismo vale si el acreedor niega la ratificación».

⁶⁶ El párrafo tercero del § 415 contiene una regla de interpretación (derecho dispositivo): MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 11. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 314. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 72.

⁶⁷ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581.

⁶⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios del Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART), XVII-1A, Madrid, 1993, art. 1257, p. 412.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845.

los deudores y ratificado por el acreedor) son procedimientos para cambiar de deudor que se excluyen entre sí. Sin embargo, *asunción de deuda* es simplemente la expresión que describe un efecto (el nuevo deudor se hace cargo de la deuda del primitivo⁷⁰), sin prejuzgar el tipo de contrato por el que se ha llegado a obtenerlo⁷¹.

La posibilidad de que intervengan sólo dos de los tres interesados tiene lugar en el convenio expromisorio entre acreedor y nuevo deudor (art. 1205 CC)⁷². En cuanto a los procedimientos en los que intervienen todos ellos, el Código civil sólo menciona expresamente la delegación⁷³, pero no lo hace para poner en marcha el «mecanismo delegatorio», tal y como ha sido descrito, sino para poner de relieve la participación del deudor (lo que no está exento de consecuencias importantes; art. 1206 CC); dicha participación puede concretarse en un contrato entre antiguo y nuevo deudor ratificado por el acreedor⁷⁴, o en un negocio jurídico plurilateral en el que intervengan los tres⁷⁵. El optar por uno u otro tipo de contrato afectará, de un lado, a su impugnación⁷⁶, y de otro, a las excepciones que el asumente pueda oponer al acreedor cuando éste le reclame la prestación del deudor.

a) ASUNCIÓN DE DEUDA POR EXPROMISIÓN

Si la expromisión acordada entre acreedor y nuevo deudor es liberatoria, el incumplimiento por parte de éste no hace *revivir* la obligación del deudor primitivo⁷⁷. Incumplida la obligación por

⁷⁰ NÖRR define la asunción de deuda liberatoria como el negocio jurídico en el que se pacta la disposición sobre un crédito a través de la sucesión en la deuda (*Sukzessionen...*, cit., p. 285).

⁷¹ GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185: «en todo caso, genéricamente las tres figuras mencionadas acostumbran a denominarse asunción de deuda refiriéndose, entonces, esta expresión más exactamente al efecto (la sustitución del deudor) que al mecanismo a través del que se opera (delegación, expromisión o contrato de asunción de deuda)».

⁷² DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 840. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 301. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1111.

⁷³ DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 305. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 841 y 853 y ss. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1186. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, p. 399. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 309 y ss.

⁷⁴ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 840.

⁷⁵ GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1111.

⁷⁶ NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 304.

⁷⁷ La liberación del deudor primitivo no está condicionada al cumplimiento del nuevo frente al acreedor; tampoco en los supuestos de «insolvencia cualificada» del artículo 1206 CC (en la expromisión el deudor primitivo no ofrece un deudor nuevo al acreedor, luego no concurre el supuesto de hecho del precepto mencionado). Es por tanto el acreedor quien corre con el riesgo de que el nuevo deudor incumpla.

el asumente, el acreedor podrá «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución» de la expromisión, «con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (art. 1124 CC); también podrá resolver la relación de valuta que le une con el deudor primitivo, mas no exigir de éste indemnización, porque de ningún modo puede entenderse que *incumple* quien ha dejado de estar obligado. El deudor primitivo no se convierte por la expromisión en garante del nuevo; simplemente, ha dejado de estar obligado a pesar de seguir siendo parte contractual en la relación de valuta⁷⁸.

Cuando la expromisión es nula, no sólo las partes contractuales, sino también los terceros con un interés legítimo pueden ejercitar la acción de nulidad; la expromisión nula no ha podido sustituir al deudor porque no ha producido ningún efecto jurídico, y los que ya se hubieran producido pueden hacerse eliminar mediante el ejercicio de aquélla (*restitutio in integrum*)⁷⁹.

Cuando se trate de una expromisión anulable, el ordenamiento protege a una de las partes, aquélla en cuyo consentimiento concurre el vicio de la voluntad o de capacidad por el que se le permite impugnar el contrato⁸⁰. Si el legitimado para impugnar es el

⁷⁸ AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6.^a ed. por BARTIN (1922-1936), Paris, p. 334. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1747, p. 62. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 224. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 334, p. 238. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 285, p. 349.

⁷⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994: «Esta acción de repetición, naturalmente, sólo puede ejercitarla quien es parte en el contrato y nunca los terceros» (p. 576). «Los terceros no están legitimados para pedir la restitución de las prestaciones, ni para sí ni en beneficio de las partes (S de 27 de marzo de 1963); como, de otro lado, tampoco están vinculados por el contrato que atacan, su interés en pedir la declaración de nulidad parece que ha de residir en que el contrato inválido supondría un obstáculo o perjuicio al ejercicio o plenitud de algún derecho de que son titulares» (p. 583).

⁸⁰ Aunque no sea este el lugar adecuado para tratar con detenimiento la cuestión, me parece conveniente adelantar la explicación del contrato anulable que considero más adecuada. No es suficiente hablar sin más de la «eficacia» del contrato anulable; y con decir que se trata de una eficacia «claudicante» tampoco se describen con suficiente precisión sus consecuencias jurídicas. Se ha pretendido que la cuestión sobre la eficacia o ineficacia del contrato anulable antes de que recaiga la anulación, la confirmación o caduque el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad carece de interés, argumentándose que, sea cual fuera la postura adoptada, existe un consenso sobre los efectos retroactivos tanto de la anulación como de la confirmación (ALBADALEJO, «Da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1995, núm. 84, pp. 9 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 178). Sin embargo, la concepción que mejor explica la anulabilidad del contrato es aquella que la caracteriza como situación de *eficacia relativa*, entendiendo por ésta aquella situación en la que «uno de los contratantes queda vinculado si el otro quiere, pero no a la inversa»; si «la ineficacia es carencia de efectos y el efecto fundamental de los contratos es la vinculación de las partes a su cumplimiento», la «obligación que depende de la voluntad del supuestamente obligado no es propiamente una obligación y por ello no puede decirse que el contrato anulable obligue al legitimado para hacer valer la nulidad».

asumente, podrá oponer siempre, frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor, la excepción de contrato anulable; si la expro-misión se ha consumado⁸¹, la impugnación solicitada en plazo (art. 1301) provocará la *restitutio in integrum* (arts. 1303 y ss.), salvo que el cumplimiento del asumente haya supuesto la confirmación tácita de la expromisión, por conocer éste la causa de la nulidad y siempre que ésta hubiera cesado (art. 1311).

En este caso el acreedor no puede impugnar ni reclamar del deudor, ya que la liberación de éste es un efecto claudicante de la expromisión que puede consolidarse (confirmación, transcurso del plazo para el ejercicio de la acción⁸²) o desaparecer (impugnación), a elección del asumente⁸³. El deudor primitivo, que ha quedado liberado de cara al acreedor, estará interesado en que la expromisión sea confirmada, pero no siendo parte contractual ni «obligado subsidiario» (art. 1302), carece de legitimación para hacerlo⁸⁴. Otra cosa es que por la relación que le liga con el nuevo deudor pueda exigir a éste que confirme la expromisión⁸⁵. Debe tenerse en cuenta que para que haya expromisión no se requiere que el deudor sea absolutamente ajeno a la misma, o que no exista relación de cobertura entre asumente y deudor, de lo contrario se convertiría en un supuesto «académico»; basta que el asumente, al contratar con el

En efecto, para quien carece de la posibilidad de impugnar, el contrato anulable se presenta como contrato válido y eficaz (no puede oponerse al cumplimiento, puede incurrir en mora y su pago no es indebido), en tanto la otra parte puede comportarse como si de un contrato ineficaz se tratara (puede oponerse al cumplimiento con la excepción y puede provocar la *restitutio in integrum* en tanto no caduque la acción de nulidad, una vez consumado el contrato); así se explica que para el efecto retroactivo de la confirmación hiciera falta una disposición legal expresa (art. 1313). Las citas literales son de MIQUEL, voz «Anulabilidad» en *Enciclopedia jurídica básica*, I, Madrid, 1995, p. 477. Ver también, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 449. DELGADO ECHEVERRÍA, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO), XVII-2.º, Madrid, 1981, arts. 1300 y ss., pp. 243 y ss. PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1116 y 1117. La *relatividad* de la eficacia del contrato anulable era ya conocida y utilizada para la correcta interpretación del *Code*: TOULLIER enseña que *la nulidad* por menor edad o incapacidad sólo es *relativa* al menor o incapaz, esto es, que sólo éstos pueden oponerla como excepción al cumplimiento (*Le droit...*, VII, cit., núm. 298, p. 358).

⁸¹ Sin la consumación, el plazo para el ejercicio de la acción (restitutoria) de nulidad no empieza a computarse, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 581.

⁸² La excepción es siempre oponible puesto que se trata de un contrato no consumado e «ineficaz» para la parte protegida.

⁸³ Sobre la situación del contratante que no puede anular, en general, ver DE CASTRO, *El negocio jurídico...*, cit., pp. 507 y 508.

⁸⁴ Aunque haya que volver sobre ello, adelanto que tampoco el «obligado subsidiario» del artículo 1302 está legitimado para confirmar o impugnar; lo que permite el mencionado precepto es simplemente oponer la excepción de contrato anulable, provocando así la *suspensión* de la exigibilidad de su obligación en tanto no sea definitiva la suerte del contrato (DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 506). Con todo, no es ésta una opinión pacífica.

⁸⁵ STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 33.

acreedor, no manifieste que actúa conforme a un compromiso ya adquirido con el deudor⁸⁶.

Si el asumente confirma la expromisión, el deudor quedará definitivamente liberado; si la anula, la obligación de éste *revivirá* como si la liberación no hubiese tenido lugar⁸⁷, pero el deudor podrá exigir del acreedor y del nuevo deudor responsabilidad por los daños derivados de haber confiado en la liberación.

Cuando la legitimación para impugnar la expromisión corresponde al acreedor, el asumente no puede negarle el pago, con independencia de que la reclamación pueda considerarse como *confirmatoria*. Si aceptamos que el contrato anulable no obliga a la parte que puede anularlo, el acreedor podrá dirigirse también contra el deudor, haciendo conocer así de forma tácita su voluntad de anular la expromisión⁸⁸. Por lo que respecta al deudor, éste no queda liberado hasta que el acreedor confirme (la liberación no es oponible hasta entonces), y aunque esté interesado en la confirmación para que se produzca el efecto liberatorio, es evidente que no puede llevarla a cabo.

Hasta aquí, los problemas que pueden aquejar a la expromisión. Veamos ahora de qué manera puede afectar a ésta la suerte que corra la relación de valuta.

Si la relación de valuta es nula no ha podido originar para el deudor una verdadera obligación. La asunción no sana la nulidad. El asumente recibe la misma deuda que obligaba al deudor, y si ésta no era exigible, así se habrá transmitido.

En caso de relación de valuta anulable, debe tenerse en cuenta que la expromisión puede significar por sí misma la confirmación tácita de aquélla (si es el acreedor quien está legitimado para anular/confirmar), o bien, concurrir con la voluntad confirmatoria—expresa o tácita— del deudor (que no es parte en la expromisión), siempre que se den los requisitos para su existencia (art. 1311 CC)⁸⁹.

⁸⁶ DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 303, p. 215. RODOTÀ, voz «Esmissione...», cit., p. 783. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 186) considera que siempre que el acreedor consiga probar que existió una relación entre ambos deudores «podrá servirse del régimen delegatorio». Pero no parece admisible que el artículo 1206 CC (único en nuestro Código que distingue el «régimen delegatorio» del expromisorio) esté haciendo responsable de determinadas formas de insolvencia del asumente a cualquier deudor que de alguna forma esté relacionado con éste. El «deudor que delega su deuda» es aquel que presenta—suya es la iniciativa— un nuevo deudor a su acreedor (BIGIAVI, *La delegazione...*, cit., p. 40. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 976), lo que supone un «dar la cara» frente a éste incompatible con la expromisión, exista o no relación de cobertura.

⁸⁷ MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 750, p. 604; núm. 752, p. 607.

⁸⁸ El deudor podrá no estar conforme con la «impugnabilidad» de la expromisión y forzar que sea finalmente un juez quien decida sobre la misma.

⁸⁹ AUBRY y RAU, *Cours...*, IV, cit., p. 322. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1692, pp. 4 y 5. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 302. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 218. DEMOLOMBE,

El propio artículo 1208 CC afirma para la novación que ésta no es nula, siempre que «la ratificación» haya convalidado «los actos nulos en su origen». Siendo así que la hipótesis de *novación* de una obligación anulable ya confirmada no plantea ninguna dificultad, hay que entender el precepto referido a aquellos supuestos en los que la propia *novación* supone confirmación de la obligación primitiva⁹⁰.

Cuando es el acreedor quien está legitimado para impugnar la relación de valuta, y aunque la expromisión no haya supuesto la confirmación de ésta, el asumente no podrá oponerse a la pretensión de cumplimiento presentada por el acreedor. La reclamación del acreedor dirigida al asumente puede significar su voluntad confirmatoria; la dirigida al deudor, bien para que cumpla, bien para que restituya lo que le entregó, el ejercicio extrajudicial de la facultad de anular la expromisión⁹¹. También la novación fracasa, a pesar de perseguir la extinción de la relación de valuta, por la anulación (con efecto retroactivo⁹²) de ésta⁹³.

Cuando es el deudor quien está legitimado para anular o confirmar la relación de valuta, el panorama se complica. No siendo éste parte en la expromisión, lo normal será que la causa por la que resulta anulable la relación de valuta no concurra en ésta⁹⁴. Ahora bien, la expromisión válida no acompañada por la confirmación de la relación de valuta a cargo del deudor no impide que éste pueda anularla después, haciendo así desaparecer la deuda. ¿Cuál es entonces la situación del asumente —expromitente— de deuda anula-

Cours..., XXVIII, cit., núm. 246, p. 167. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 408. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 760, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, p. 1041. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni...*, IV, cit., núm. 134, p. 578. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 665. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil español, común y foral*, IV, 2.ª ed. (1899-1912), Madrid, p. 430.

⁹⁰ El proyecto de GARCÍA GOYENA era más claro sobre este punto. El artículo 1139 (equivalente al actual art. 1208) remite expresamente al artículo 1187 que, en materia de acción de nulidad, afirma que ésta no procede «cuando la obligación ha sido ratificada después de haber cesado el vicio o motivo que produjo la nulidad, y no concurriendo ningún otro que pueda producir la del acto mismo de la ratificación», y que «el cumplimiento voluntario, por medio del pago, *novación* u otro cualquier modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificación, y no puede ser reclamado».

⁹¹ Sobre la posibilidad de declarar extrajudicialmente la nulidad, DELGADO ECHEVERRÍA, en «Comentarios...», XVII-2.º, cit., art. 1301, pp. 249 y ss. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 461. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pp. 43 y ss. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, cit., pp. 204 y ss.

⁹² Sobre la retroactividad de los efectos de la acción de nulidad el consenso es absoluto.

⁹³ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, núm. 1692, pp. 4 y 5. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 245 y ss., pp. 166 y ss. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 408. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 613, núm. 760 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, (1954) cit., p. 665.

⁹⁴ El deudor no puede anular ni confirmar la expromisión; otra cosa es que por anular o confirmar la relación de valuta llegue a afectar a aquélla.

ble y no confirmada después de la expromisión? Debemos contar con que la deuda que recibe el asumente es la misma que «venía obligando» al deudor (o mejor, que *no* venía obligando) hasta el momento de la asunción, de aquí que pueda parecer, en principio, que la solución dependa de que consideremos o no la deuda anulable como deuda válida y eficaz.

Si el contrato anulable es «sin más» válido y eficaz en tanto no sea anulado, el asumente no podrá oponerse al pago exigido por el acreedor. Pero si aceptamos que la deuda no es exigible al deudor (al menos, en tanto no haya sido confirmada la relación de valuta o transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad)⁹⁵, el asumente habrá recibido en virtud de la expromisión (siempre que con ésta no concurra la confirmación del deudor) una deuda no exigible, por lo que podrá oponerse a la exigencia de pago del acreedor; y podríamos incluso preguntarnos si no estará además legitimado para impugnar la expromisión, o la misma relación de valuta, al amparo del tenor literal del artículo 1302 CC («pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal y subsidiariamente en virtud de ellos»).

Ahora bien, por mucho que la deuda del asumente siga siendo la del deudor, no parece razonable que aquél pueda anular la expromisión por un «defecto» que concurre en la relación de valuta y que protege a éste. Resulta más adecuado por ello enfocar la cuestión como lo hace el propio artículo 1302 CC, concediendo la posibilidad de alegar el vicio que sufrió el deudor al contraer la deuda; esto es, se trata de saber si es oponible por el asumente la anulabilidad de la relación de valuta, respetando así que sea el deudor –parte contractual protegida– quien decida sobre la suerte final del contrato anulable⁹⁶. Para responder a esta cuestión, parece conveniente analizar el contenido protector de la norma que plantea correctamente la cuestión, el mencionado artículo 1302 CC.

El precepto se recibe del Proyecto de 1851 y estaba pensado (a pesar de la expresión «obligado subsidiario») para el fiador⁹⁷, lo que obliga a interpretarlo junto a los artículos 1824 y 1853 CC, que

⁹⁵ MIQUEL, voz «Anulabilidad...», cit., p. 477. PANTALEÓN, «Cesión de créditos» cit., p. 1117.

⁹⁶ También los exégetas franceses se plantearon la cuestión desde esta perspectiva. DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVIII, cit., núm. 246, p. 167) se pregunta si podrá el nuevo deudor anular la obligación primitiva como hubiera podido hacerlo el antiguo, haciendo fracasar así la novación, y la obligación que para él se ha derivado de ésta. Ver también MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 761, pp. 613 y 614.

⁹⁷ Hoy se admiten dentro de la figura del «obligado subsidiario» tanto al fiador como al deudor solidarios: DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 507. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, p. 145. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 464. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 578.

tratan de esto mismo en sede de fianza⁹⁸. Precisamente por esta conexión con la regulación de la fianza, y a pesar del tenor literal del artículo 1302 («ejercitar la acción»), no debe entenderse que el fiador esté legitimado para anular la obligación principal; lo que puede es oponerse (por vía de excepción) al pago exigido por el acreedor en tanto no sea definitiva la suerte del contrato anulable, evitando así que una vez pagada la deuda el deudor principal pueda oponerle la anulabilidad⁹⁹.

El fiador no puede utilizar el artículo 1302 para provocar la liquidación de la relación principal; se le protege para que el deudor no pueda oponerle la anulabilidad, pero de forma que sea éste quien decida la suerte del contrato anulable. Téngase en cuenta que la novedad que introduce el artículo 1824 CC en la distribución de riesgos para el supuesto de anulabilidad por menor edad (o incapacidad¹⁰⁰) de la obligación garantizada no es que el fiador corra con el riesgo

⁹⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., pp. 629 y 630. El artículo 1186 del Proyecto realiza una remisión explícita al 1735, en sede de fianza (correspondiente al art. 1824 vigente).

⁹⁹ CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 205. CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pp. 52 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-3.º, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 506: «no puede propiamente el fiador hacer anular la obligación principal, lo que supone una decisión que sólo al deudor incumbe personalmente», ya que, «aun cuando el artículo 1302 CC da pie a una conclusión distinta, parece claro que el deudor podría confirmar su obligación aun después de haber sido impugnada por el fiador»; lo que puede el fiador es «suspender el pago mientras corra con el riesgo de que el deudor principal le niegue el reembolso alegando la anulabilidad». No es ésta sin embargo una opinión pacífica. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*La confirmación...*, cit., p. 143) estima que el fiador sí está facultado para pedir la anulación del contrato, ya que, «lo que se pueda hacer valer como excepción se puede hacer valer asimismo por vía de acción». La nulidad solicitada por el fiador –continúa– no impide la confirmación posterior del deudor, pero ésta resultará subjetivamente parcial, esto es, sólo afectará al deudor y no al fiador que previamente ha impugnado. Tanto el deudor como el fiador pueden estar interesados en la anulación (*La confirmación...*, cit., p. 145). GUILARTE ZAPATERO [en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART), XXIII, 2.ª ed., Madrid, 1990, art. 1853, p. 427] concede que «aunque el precepto (art. 1853) habla de excepciones, se entiende, generalmente por la doctrina, que si corresponden al deudor acciones cuyo ejercicio pudiera influir de alguna manera sobre la obligación fiada, éstas pueden ser ejercitadas por el fiador». Esta solución es más respetuosa con el tenor literal del artículo 1302; casa sin embargo peor con la finalidad y la propia accesoriidad de la fianza, puesto que permite al fiador *separarse* de la relación principal y provocar la restitución, haciendo así recaer sobre el acreedor el riesgo de que el deudor no pueda hacer frente a la pretensión restitutoria (precisamente, el fiador estará interesado en anular para evitar dirigirse contra un deudor insolvente), con lo que la anulabilidad de la obligación principal serviría al fiador para desentenderse de su obligación (constituída válidamente) sin contar con quien está sin duda legitimado para anular o confirmar aquélla, lo que escapa claramente de la intención del artículo 1302 CC.

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., pp. 434 y 435) propone que «el concepto de excepción puramente personal es probablemente más amplio», incluyendo toda «facultad de enervar el ejercicio del derecho de crédito, cuya atribución al deudor tenga carácter personalísimo o “inherente a su persona” como dice el artículo 1111, y en cuyo ejercicio, por consiguiente, no podrá ser sustituido por un tercero».

de que confirme un deudor que no puede hacer frente a la pretensión de regreso (riesgo común), sino que corra también con el riesgo de que, una vez anulada la relación principal por el menor o incapaz, éstos restituyan en medida inferior a la que recibieron, por tratarse de la medida de su enriquecimiento (art. 1304)¹⁰¹.

Si es el acreedor quien está legitimado para anular, el fiador no puede oponerse a la reclamación de pago, ya que en tal caso, y aunque la reclamación no haya supuesto la confirmación tácita de la obligación principal, tampoco el deudor puede oponerse, ni al pago ni al regreso, alegando dicha anulabilidad.

Pero, ¿ocurre con el asumente de deuda liberatoria como con el fiador¹⁰²? Podríamos pensar que no hay razones para proteger al asumente como al fiador, aduciendo, en primer lugar, que la asunción no es *accesoria*, como la fianza, respecto de la relación principal; y en segundo lugar, que el asumente no corre el riesgo que sí corre el fiador de que el deudor oponga a su regreso la anulabilidad de la relación principal, puesto que éste debe a aquél en virtud de la relación de cobertura. En efecto, las posiciones jurídicas del fiador y del asumente parecen fácilmente diferenciables. Frente a la *accesoriedad* de la fianza, se afirma, como principio, que la obligación del deudor y la obligación del asumente son, a pesar de su identidad inicial, obligaciones independientes desde la conclusión del contrato de asunción de deuda. Ahora bien, esta es, sin duda, una de esas afirmaciones generales que merece ser revisada, y no sólo porque el asumente *cumple* en el marco de la relación de valuta, sino también porque cuando se afirma —por ejemplo— que la remisión de deuda concedida por el acreedor al deudor con posterioridad a la expromisión no modifica ya el contenido de ésta y no afecta al asumente, no es por una pretendida independencia entre ambas relaciones, sino porque en realidad, tras la asunción, no cabe *condonar* al deudor, que ha dejado de deber en la relación de valuta (ha quedado liberado, sin perjuicio de que deba al asumente por la relación de cobertura). Ahora bien, si es al asumente al que se condona la

¹⁰¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación...*, cit., pp. 142 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 420 y 421. GUILARTE ZAPATERO, en «Comentarios...», XXIII, cit., art. 1824, pp. 91 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 505 y ss. El artículo 1824 afirma que la fianza sigue siendo válida aun cuando el contrato principal se anule por menor edad del deudor; con cierta perplejidad, quienes han estudiado el precepto concuerdan en que el fiador del menor sigue obligado frente al acreedor aun cuando la relación principal haya sido anulada, vulnerando el principio de accesoriedad. En realidad, tal y como se ha señalado, lo que persigue el artículo 1824 es hacer recaer sobre el fiador el riesgo de que, una vez anulada la relación principal, el menor o incapaz restituya en menor medida que en la que recibió, por ser aquélla la medida de su enriquecimiento (art. 1304).

¹⁰² El artículo 1208 no resuelve la cuestión para la novación, puesto que, si bien admite la novación de una obligación anulable, no indica si el nuevo deudor puede alegar la anulabilidad de ésta, impugnarla o confirmarla.

deuda derivada de la expromisión, el deudor no podrá alegarlo para dejar de cumplir en la relación de cobertura, y quien pretenda ver aquí también el principio de independencia deberá reconocer que lo mismo puede ocurrir en la fianza¹⁰³.

En cualquier caso, lo definitivo para rechazar aquellas objeciones es que las mencionadas diferencias entre fianza y asunción no impiden que el fundamento de la oponibilidad de la excepción de relación de valuta anulable sea común a ambas. Lo que realmente persigue esta excepción es evitar que se produzca el pago de una deuda que no obliga a su primitivo deudor (legitimado para impugnar la relación que le une con el acreedor); esto es, la *no exigibilidad* de la deuda a quien puede *disponer* de ella mediante la acción de nulidad, circunstancia ésta que se da tanto en la fianza como en la asunción de deuda.

Esta interpretación no sólo encaja con la concepción que venimos defendiendo del contrato anulable, sino también con la idea de que el deudor primitivo puede anular la relación de valuta, a pesar de la expromisión, y que una vez anulada no cabe defender la validez de la obligación «asumida». La expromisión no puede prescindir de la relación de valuta en la que la deuda sigue existiendo, si bien en manos de un nuevo titular, y el asumente puede alegar lo que ocurra en dicha relación, tanto si es actual (nulidad, anulación, resolución) como potencial (anulabilidad invocable por el deudor, y según se verá, «resolubilidad» por incumplimiento del acreedor). Si el sujeto protegido por la norma que permite anular el contrato puede influir en la suerte de la expromisión, parece razonable que el asumente, antes de pagar, pueda forzar a aquél a tomar su decisión, evitando así desplazamientos patrimoniales cuya vocación es provocar indeseables «reajustes compensatorios» con posterioridad.

Por otra parte, que el nuevo deudor pueda ampararse en la protección que conceden los artículos 1824 y 1853 (oponer la anulabilidad de la relación primitiva) frente al acreedor no es ninguna novedad. Ya Demolombe defendía, precisamente, que tras la novación de deuda anulable al nuevo deudor le amparan los artículos 2012 y 2036 del *Code* (correspondientes a los mencionados de nuestro Código)¹⁰⁴, si bien interpreta dicha protección como posibilidad de impugnar la obligación primitiva, y nuestro Código

¹⁰³ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 530. Sobre el «margen de libre accesoriedad» en la fianza, CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., pp. 134 y ss.

¹⁰⁴ DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 247, p. 168. También BIGIAMI (*La delegazione...*, cit., pp. 400 y ss.) otorga al delegado la protección de los artículos 1899 y 1927 del *Codice* derogado (también correspondientes a los arts. 1824 y 1853 del nuestro) siempre que la delegación sea titulada (esto es, siempre que se haya hecho depender de la relación de valuta, lo cual es consustancial a la asunción de deuda).

como posibilidad de oponerse al pago. Los artículos 1302, 1824 y 1853 de nuestro Código civil fundamentan un principio de protección por el que los «co-obligados» que se hayan comprometido a pagar una deuda anulable pueden oponerse al cumplimiento en tanto no sea definitiva la suerte de ésta por decisión de quien *dispone* de la posibilidad de impugnarla (el deudor)¹⁰⁵. Negando el pago de la deuda que aún puede ser anulada (o si ya se ha realizado éste, concediendo una *condictio* al asumente para que pueda repetir directamente del acreedor), se evitan complicadas operaciones de reequilibrio en las relaciones de cobertura y valuta.

Por todo ello hay que decir que los artículos 1302, 1824 y 1853 CC, interpretados conjuntamente, permiten al asumente de deuda liberatoria oponer a la reclamación de pago presentada por el acreedor, tanto la nulidad y anulación, como la anulabilidad de la relación de valuta; si el pago se ha producido ya y ésta es posteriormente anulada por el deudor, el asumente puede repetir directamente del acreedor, como si la expromisión no hubiera tenido lugar y se tratase de un «pago *devenido* indebido»¹⁰⁶.

Si por la asunción de deuda el nuevo deudor cumple en el marco de la relación de valuta, es evidente que la resolución de ésta le afecta, por lo que, resuelta por el deudor, podrá oponerse al pago exigido por el acreedor o pretender la restitución de lo que ya hubiera pagado a éste. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando, incumplida la relación de valuta por el acreedor, el deudor no ha resuelto y aquél exige el pago al asumente? Parece claro que éste no podrá resolver, puesto que el «perjudicado» del artículo 1124 a quien se otorga la posibilidad de optar por el cumplimiento o por la resolución no es el asumente, sino el deudor; eso sí, puede ocurrir que de la relación de cobertura entre asumente y deudor nazca para éste una obligación de informar a aquél sobre el incumplimiento del acreedor y la posibilidad de resolver, de tomar su decisión teniendo en cuenta los intereses del asumente, o incluso de resolver¹⁰⁷.

Cuestión distinta es si puede el asumente oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Se ha dicho que «no cabe que el nuevo deudor oponga la *exceptio non adimpleti contractus*, puesto que si se trata sólo de asunción de deuda no ostenta (ni tiene) la condición de

¹⁰⁵ CAFFARENA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, pp. 48 y ss.; en «Comentario del Código civil», II, Madrid, 1993, art. 1148, p. 148. No es ninguna casualidad que el autor proponga que los artículos 1302, 1824 y 1853 CC deben informar la interpretación sistemática del artículo 1148, sobre excepciones que el deudor solidario puede oponer al acreedor.

¹⁰⁶ Por lo que más que de una *condictio indebiti*, se trata de una *condictio causa data causa non secuta*.

¹⁰⁷ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 29.

acreedor, para ello sería preciso que se hubiera producido, además, una cesión del crédito, contrapartida de dicha deuda y, con ello, la de la total posición contractual»¹⁰⁸. Este planteamiento resulta válido para la facultad resolutoria, que queda en manos del deudor (salvo que haya sido cedida por éste al asumente), no así para la mencionada excepción. La *sinalagmaticidad* de la relación de valuta no desaparece por la expromisión. La *exceptio non adimpleti contractus* protege la regla de ejecución simultánea, consecuencia del sinalagma –genético y funcional– que liga ambas prestaciones¹⁰⁹, y siendo el incumplimiento del acreedor un comportamiento que vulnera dicha regla, no encuentro una razón por la que deba negarse la oponibilidad de aquélla por parte del asumente¹¹⁰. Al igual que la excepción por anulabilidad, la *exceptio non adimpleti contractus* invita al deudor a tomar una decisión, y al acreedor a cumplir, evitando así desplazamientos patrimoniales que deban ser posteriormente compensados.

En cuanto a otras excepciones que el asumente pueda oponer al acreedor cuando éste le exija el cumplimiento de la deuda, parece razonable que se excluyan las derivadas de la relación de cobertura que une al asumente con el deudor, ya que respecto de ésta el acreedor es un tercero¹¹¹. La relación de cobertura es ajena (salvo que expresamente se haya querido «causalizar») al convenio expromisorio de asunción, por lo que no parece que pueda invocarse frente a un acreedor que ni tiene por qué conocerla, ni tiene un derecho a exigir que se le informe sobre la misma, ni tiene por qué preocuparse de ella en caso de que la conozca¹¹².

Queda finalmente analizar qué puede el asumente pretender del deudor por haber asumido su deuda con carácter liberatorio. Aunque nos encontremos en un supuesto expromisorio, lo nor-

¹⁰⁸ GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1191. Acepta este planteamiento ADAME, *Asunción...*, cit., p. 458.

¹⁰⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 374 y 375.

¹¹⁰ NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 26.

¹¹¹ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 466 y 467.

¹¹² Con los mismos argumentos para la delegación, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1751, p. 67. BIGIARI, *La delegazione...*, cit., p. 300. CAPITANT, *La causa de las obligaciones*, Madrid, s.f., pp. 390 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 226 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 325, p. 229. GHESLIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3.ª ed., Paris, 1993, p. 920. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, (1954) cit., p. 678. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353. En cuanto a la causa de la obligación del fiador, CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 185 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 509 y ss. LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, p. 741. MELICH ORSINI, «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones», *ADC*, 1984, p. 40. RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, p. 453.

mal será que exista una relación entre deudor y asumente (relación de cobertura), en la que se hayan regulado las consecuencias *inter partes* de la asunción llevada a cabo por el asumente con el acreedor. En líneas generales, la prestación del asumente (obligación de asumir) puede significar el pago (total o parcial) de una deuda que previamente hubiera adquirido frente al deudor, una atribución gratuita en favor de éste, o el nacimiento de un crédito en favor de aquél, que el deudor deberá restituir en los términos pactados. También puede ocurrir, aunque la hipótesis sea más extraña, que no exista relación de cobertura, o que ésta se limite al mero conocimiento por parte del deudor de la acción llevada a cabo por el asumente, sin una regulación de las consecuencias de ésta.

En caso de que el deudor conozca la expromisión, y no la acepte, cabe plantearse si puede «rechazar» la liberación, como el tercero beneficiario en el supuesto de contrato en favor de tercero, o si carece de tal facultad, como en la regulación del pago de tercero (art. 1158 CC) ¹¹³. Nuestra tradición jurídica se ha inclinado por contemplar el cambio de deudor con efecto liberatorio sobre el deudor primitivo como un supuesto de pago ¹¹⁴. En cuanto a la confrontación con la doctrina de la estipulación en favor de tercero, Demolombe respondía que no hay ninguna razón para que el tercero que puede, mediante pago, liberar al deudor sin saberlo éste o incluso contra su voluntad ¹¹⁵, no pueda liberarlo también mediante la nova-

¹¹³ En Alemania la cuestión ha sido muy disputada. Algunos autores afirman que no puede obligarse al deudor a liberarse contra su voluntad (HIRSCH, «Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen –Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 8.12.59–», *Juristische Rundschau*, 1960, pp. 292 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 603. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pp. 359 y 33. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 21). Sus argumentos son: la regulación del contrato en favor de tercero (§ 333 BGB), la necesidad de aceptar la donación (§ 516.II BGB), la exigencia de un contrato para llevar a cabo la remisión de deuda, y el principio por el que nadie puede verse compelido a enriquecerse contra su voluntad. Para otros autores (MÜNCHKONN/MÖSCHEL, § 414, Rn. 5; NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 301; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 306), por el contrario, el deudor no puede evitar la liberación llevada a cabo por la expromisión, de la misma forma que no puede evitar el pago liberatorio de un tercero (§ 267 BGB). Si se asume la deuda contra la voluntad del deudor y éste sufre un daño económico por ello (por ejemplo, porque pierde la posibilidad de compensar), queda suficientemente protegido contra el regreso del asumente a través de las reglas que lo limitan (en sede de gestión de negocio ajeno y de enriquecimiento injustificado).

¹¹⁴ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núms. 1716 y 1717, pp. 27 y 28. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 302. MARCADÉ, *Explication...*, IV, núm. 772, pp. 621 y 622. PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni...*, IV, cit., núm. 133, p. 577. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Delegación...», cit., p. 1973. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, IV, cit., p. 425.

¹¹⁵ El deudor sólo podrá oponerse al pago del tercero mediante acuerdo previo con el acreedor (DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 47, y la bibliografía que allí se cita).

ción¹¹⁶. Así, a la cuestión sobre si el supuesto de asunción expromisoria liberatoria es lo suficientemente distinto del supuesto de pago de tercero como para merecer un tratamiento diferente del que recibe éste en el artículo 1158 del Código civil, habrá que responder negativamente. Los intereses del deudor quedan protegidos por las reglas sobre el regreso contenidas por éste; es más, por ser la asunción previa al pago, siempre que la conozca podrá oponerse para no restituir en medida superior a aquélla en que se hubiera enriquecido (art. 1158 *in fine*).

Si el deudor desconoce la expromisión, el derecho de regreso del asumente nacerá con el vencimiento de la deuda¹¹⁷ (que equivaldrá siempre al pago¹¹⁸, puesto que la liberación se habrá producido ya por la expromisión); y su alcance quedará determinado por el artículo 1158 CC: si cabe apreciar una gestión de negocio ajeno, el asumente contará con la acción contraria de gestión; si éste no puede ser considerado como «gestor», deberá conformarse con la acción de enriquecimiento¹¹⁹. Por mucho que la expromisión libere al deudor, si no le ha sido notificada, el pago de éste no puede ser considerado como indebido.

Finalmente, cuando el deudor consiente la expromisión pero no regula con el asumente el contenido de la relación de cobertura, parece lo más lógico que la integración de ésta se lleve a cabo conforme al mismo artículo 1158 CC, que concede al tercero que paga con aprobación del deudor la acción contraria de mandato¹²⁰.

b) ASUNCIÓN DE DEUDA POR CONTRATO ENTRE DEUDORES RATIFICADO POR EL ACREEDOR

El supuesto de asunción de deuda que el asumente acuerda con el deudor y que el acreedor ratifica introduce algunas diferencias respecto de la asunción por expromisión. Tampoco ahora «revive» la obligación del deudor por el incumplimiento del asumente, pero dado que aquél ha participado en la asunción, responde de la insolvencia de éste que «hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda» (art. 1206 CC)¹²¹. El deudor garantiza así el buen

¹¹⁶ DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 304, p. 216. El autor se remonta a las autorizadas opiniones de ULPIANO y POTHIER. En la misma línea, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1717, p. 28.

¹¹⁷ BIGIAMI, *La delegazione...*, cit., p. 36.

¹¹⁸ MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 401.

¹¹⁹ DEL OLMO, *Pago de tercero...*, cit., pp. 81 y ss.

¹²⁰ DEL OLMO, *Pago de tercero...*, cit., pp. 80 y 81.

¹²¹ Dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 846) que la expresión «revive» es sin duda «una expresión figurada, cuya inteligencia no resulta completamente clara. Podría entenderse que se trata de una hipótesis de ineficacia del consentimiento liberatorio y de

fin de la operación por haber proporcionado al acreedor un nuevo deudor cuya insolvencia conoció o pudo haber conocido ¹²².

La asunción de deuda en la que participa el deudor puede suponer la confirmación tácita de la relación de valuta anulable e impugnabile por éste. Desde luego, ni se plantea la posibilidad de «renunciar a la liberación» por parte del deudor, y en cuanto al acuerdo de asunción no ratificado por el acreedor, habrá que considerar si tras el mismo subsiste una asunción de cumplimiento con efectos *inter partes*.

La obligación del asumente nace en esta ocasión de un contrato celebrado con el deudor, contrato en el que el acreedor no es parte aunque su ratificación sea necesaria para producir el efecto liberatorio. Tanto la asunción de deuda como la relación de cobertura están protagonizadas por los mismos personajes, deudor y asumente, por lo que no resulta fácil impedir que éste pueda oponer en la relación de asunción las excepciones derivadas de la relación de cobertura, siendo así que lo lógico es que ambas formen un todo en la intención negocial de las partes ¹²³. De la misma manera que

una continuación de la obligación del deudor primitivo frente al acreedor al resultar ineficaz su liberación» (opinión que comparten CAFFARENA, en «Comentario...», II, cit., art. 1143, p. 133; *La solidaridad...*, cit., p. 141; SANCHO REBULLIDA en *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 336, y TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido» en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974, p. 464), «aun cuando resulte más probable entender que se trata de una garantía en sentido técnico, de tal manera que el nuevo deudor continúa estando obligado y si el deudor antiguo paga al acreedor, podrá ejercitar una acción de reembolso o de enriquecimiento frente al nuevo deudor». La misma idea de garantía se encuentra ya en DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVIII, cit., núm. 323, p. 227, que se remonta a la opinión de POTHIER) y MARCADÉ (*Explication...*, IV, núm. 776, p. 624); en ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 313 y 314); y entre los autores italianos, en MANCINI («La delegazione...», cit., p. 427) y RESCIGNO (voz «Delegazione...», cit., p. 979). Dice este último autor que si la obligación del deudor primitivo reviviera realmente, el acreedor debería restituir al asumente lo que de él hubiese recibido, para proceder después por el crédito primitivo contra aquél. Nuestro ordenamiento carece de un precepto que proteja a los terceros garantes frente al efecto retroactivo que provoca la nulidad de la relación contractual de asunción (como hacen los art. 1276 del *Codice civile* y 597 del Código civil portugués), por lo que siguen garantizando la deuda que no llegó a ser asumida. Ahora bien, resulta evidente que el supuesto de nulidad no es equiparable al de insolvencia calificada del nuevo deudor, por ello, en este último supuesto las garantías, que se han extinguido, no «reviven». Con todo, la opinión de que el consentimiento del acreedor se encuentra legalmente *condicionado* en los supuestos del artículo 1206 cuenta con numerosos defensores: CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 225. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 320, p. 348. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., núm. 1277, p. 681.

¹²² La doctrina coincide en que el supuesto de «insolvencia anterior y pública» debe ser entendido de forma objetiva. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 846. En el estudio más detallado sobre la materia, GIL RODRÍGUEZ, *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1988, pp. 85 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 336. TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad...», cit., p. 466.

¹²³ Pongamos que el asumente se hace cargo de la deuda de otro y que éste se compromete a devolver la cantidad satisfecha por aquél al acreedor en los plazos y con los intereses pactados. No hay duda de que en este supuesto la asunción y la devolución del préstamo causado por ésta forman para las partes un único contrato.

nadie discute que en una asunción expromisoria el asumente pueda oponer al acreedor excepciones de la relación «causal» existente entre ambos por la que aquél se haya obligado frente a éste ¹²⁴, resulta coherente que el asumente pueda oponer en el contrato de asunción de deuda acordado con el deudor las vicisitudes de otra relación que también le liga con éste. No otra cosa reconoce el *Codice* para el supuesto de *accollo* (contrato de asunción entre deudores). Y otro tanto ocurriría en el derecho alemán de no ser por el parágrafo 417.II BGB; con todo, y a pesar de la decisión positivizada, resulta notable el esfuerzo del *Bundesgerichtshof* por debilitarla, lo que confirma la consistencia del planteamiento que hace depender la asunción de deuda de la relación de cobertura cuando coinciden las partes de una y otra ¹²⁵.

En un ordenamiento jurídico que carece, como el español, de un precepto similar al parágrafo 417.II BGB, el punto de partida no puede ser otro que la posibilidad de oponer excepciones derivadas de la relación de cobertura (como el art. 1283 del *Codice*). Para los deudores es evidente que ambas relaciones obligatorias –la asunción de deuda y la relación de cobertura– conforman un todo que no puede ser artificialmente escindido, salvo que exista un acuerdo expreso en este sentido.

Hasta aquí lo «dogmáticamente coherente». Cabe considerar, sin embargo, si de esta forma se proporciona suficiente protección al acreedor. Al codificador alemán, por ejemplo, le pareció que no. La cuestión venía planteándose ya con anterioridad. Laurent apunta que cuando el delegatario –acreedor– confía «de buena fe» en el pago realizado por el delegado –nuevo deudor–, y descuida o destruye el título que tuviera contra el delegante –deudor primitivo– o contra los garantes de éste, merece la protección que el *accipiens* de buena fe recibe en la regulación del cobro de lo indebido (art. 1377 *Code*, correspondiente al 1899 de nuestro Código civil) en caso de que el delegado pretenda la restitución de lo pagado por problemas derivados de la relación de cobertura ¹²⁶. En este caso –concluye el

¹²⁴ ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 7. LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 742. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 8. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 22.

¹²⁵ RGZ 58, p. 386; BGHZ 31, p. 321. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pp. 360 y 361. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20.

¹²⁶ LAURENT no está pensando en un supuesto en el que la relación de cobertura sea oponible porque la asunción se haya acordado entre asumente y deudor, ni siquiera está pensando en un supuesto de asunción, sino en la novación en la que interviene el deudor («delegación» en el *Code*) y se hace depender de la relación de cobertura, como ocurre cuando el nuevo deudor (delegado) se obliga frente al acreedor (delegatario) como deudor del deudor primitivo (delegante).

citado autor— el acreedor debería poder oponerse a la pretensión restitutoria del asumente (*solvens*), y éste conformarse con la acción que contra el deudor primitivo o contra los garantes siga viva ¹²⁷.

Se proporciona de esta forma cierta protección a quien confía de buena fe en la apariencia creada en el tráfico por quien paga como asumente y pretende luego la restitución de lo pagado por problemas derivados de la relación que le une al deudor, habiendo el acreedor destruido los títulos que por el crédito primitivo tuviera contra éste o sus garantes (lo razonable, si tenemos en cuenta que ha creído liberarlo). No parece que existan obstáculos para aceptar en este caso una aplicación analógica del artículo 1899 CC, siempre que la relevancia de la relación de cobertura provenga simplemente de que la asunción haya sido acordada por deudor y asumente, y no por haber sido incorporada expresamente al convenio de asunción, puesto que en este caso es la propia apariencia la que evidencia el riesgo de que aquélla afecte a ésta ¹²⁸. En definitiva, no se trata sino de aplicar una norma pensada para la *condictio indebiti* (pago por error) a la *condictio causa data causa non secuta* (pago por asunción de deuda que deviene indebido por problemas derivados de la relación de cobertura), teniendo en cuenta que en ambos casos el *accipiens* es un tercero respecto del *solvens* (en el primer caso, porque no existe relación obligatoria vigente; en el segundo, porque el acreedor es un tercero respecto de la relación de cobertura por la que se pretende la restitución del pago) ¹²⁹.

En cualquier caso, la posible protección del acreedor a través del artículo 1899 CC cuenta con que el asumente ha pagado ya en virtud del convenio de asunción que celebró con el deudor y que aquél autorizó. Más difícil resultará protegerle cuando el asumente no haya pagado aún y oponga a su pretensión problemas derivados de la relación de cobertura. Es evidente que la hipótesis de la *con-*

¹²⁷ LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 319, pp. 345 y 346. Rechazan su planteamiento PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., núm. 1274, pp. 678 y 679.

¹²⁸ Se trata del supuesto en el que el acreedor consiente la asunción llevada a cabo por deudor y asumente, disponiendo así de su crédito, sin que se le haya hecho partícipe de la relación causal —de cobertura— existente entre éstos que justifica la asunción.

¹²⁹ La norma no protege al acreedor frente al efecto retroactivo causado por la nulidad o anulación del contrato de asunción de deuda. Este es un riesgo ordinario del contrato que él ha decidido ratificar. La cuestión es si el acreedor debe correr además con los riesgos derivados de la relación de cobertura, cuando el contrato de asunción haya sido concertado por asumente y deudor; y entre nosotros la respuesta debe ser afirmativa (como la del art. 1283 del *Codice*), salvo que quepa apreciar la protección que por vía analógica brinda el artículo 1899 CC. Si el convenio de asunción ha sido comunicado al acreedor haciendo constar expresamente la relación de cobertura (que es precisamente el supuesto del que parte LAURENT), el acreedor no podrá escudarse en la aplicación analógica de la regulación del cobro de lo indebido, pues cuando la relación de cobertura ha sido incorporada a la asunción es la propia apariencia la que evidencia el papel que en la asunción puede llegar a jugar aquélla.

dictio indebiti presupone el pago, por lo que debemos plantearnos si cabe que un precepto que ha sido diseñado para «dejar de restituir» (con el fin de evitar perjuicios por haber confiado en la apariencia creada por el *solvens*) puede ser utilizado para «poder exigir el pago» a pesar de la existencia de una excepción (y evitar así perjuicios por haber confiado en la apariencia creada por quien se ha obligado como *solvens*). El artículo 1899 protege a quien confía en haber cobrado lo que se le debía, no en una mera expectativa de cobro que desaparece antes de que se haya producido la *solutio*; en este último caso el acreedor deberá conformarse con exigir responsabilidad de ambos deudores por haber confiado en la apariencia que éstos crearon. Otra solución más «protectora» vulneraría los límites de la interpretación analógica.

En la asunción acordada por los deudores y ratificada por el acreedor la nulidad puede provenir tanto del acuerdo celebrado por aquéllos como del negocio jurídico unilateral de ratificación por el que éste acepta la obligación del asumente, liberando así al deudor primitivo. La ratificación no puede «convalidar» un contrato de asunción nulo y no impide las consecuencias de la nulidad (el efecto retroactivo), sin perjuicio de que el acreedor pueda pretender resarcirse de los daños que la operación le hubiera podido causar ¹³⁰. En tanto no recaiga la ratificación del acreedor, los deudores pueden modificar o revocar su propuesta ¹³¹. El pago realizado por el asumente antes de que el acreedor se haya pronunciado no puede considerarse *indebido*, por lo que no podrá repetirlo del acreedor, sin perjuicio de la reclamación frente al deudor en virtud de la relación que les una (relación de cobertura); en defecto de ésta (extraña hipótesis, si tenemos en cuenta que la asunción se pacta entre ambos deudores), o cuando no haya sido «regulada» por las partes, lo más coherente es que se integre, también ahora, según la norma del pago del tercero, una vez haya vencido la deuda (art. 1158) ¹³².

La anulación del contrato llevado a cabo por ambos deudores faculta al asumente para dejar de cumplir, o cuando ya hubiese pagado, para repetir directamente del acreedor. Si es éste quien anula su ratificación, la liberación habrá quedado sin efecto; en este caso puede seguir existiendo una relación jurídica entre los deudores en forma de asunción de cumplimiento o de contrato en favor de tercero. Habrá que deducir de las declaraciones de voluntad de

¹³⁰ Responsabilidad por daño de los deudores que será solidaria frente al acreedor, sin perjuicio de que en la relación interna uno de ellos pueda imputársela al otro.

¹³¹ COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 13. NÖRR, *Sukzessionen*..., cit., p. 294. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 9. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 19.

¹³² SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10.

las partes si se hace depender en todo caso la relación *inter partes* de la ratificación del acreedor, o bien si quieren seguir vinculadas a pesar de la anulación de ésta.

También es posible que sea el acreedor quien tome la iniciativa a través de un negocio unilateral de autorización, al que pueden unirse con su acuerdo los deudores para consumir el supuesto de asunción. La autorización puede ser revocada o modificada en tanto no concurra el acuerdo de éstos ¹³³; si se trata de una autorización nula o anulada con posterioridad al pacto de adhesión otorgado por los deudores, éstos podrán exigirle responsabilidad por los daños que su conducta les haya causado ¹³⁴.

Siempre que el acreedor preste su consentimiento con posterioridad al acuerdo adoptado por los deudores, los efectos de aquél se retrotraen a la fecha de celebración de éste, salvo que las partes hayan previsto otra cosa ¹³⁵.

c) ASUNCIÓN DE DEUDA POR CONTRATO TRILATERAL

Como supuesto negocial de asunción de deuda en el que interviene las tres partes implicadas, no cabe la «renuncia a la liberación» por parte del deudor, puede suponer la confirmación tácita de la relación de valuta anulable, resulta apreciable la hipótesis del artículo 1206; en cuanto a las excepciones oponibles por el asumente frente al acreedor, lo serán siempre las derivadas de la relación de valuta, y las derivadas de la relación de cobertura cuando ésta haya quedado incorporada al convenio de asunción, haciendo depender así la eficacia de éste del buen funcionamiento de aquélla.

Al contrato trilateral en el que confluyen las declaraciones negociales de los tres interesados le son aplicables las normas sobre «nulidad» como a cualquier otro contrato. Si resulta anulable, correrá la suerte que decida quien se encuentre legitimado para anular o confirmarlo; las demás partes quedan obligadas hasta que aquélla tome su decisión ¹³⁶. Si la impugnación es posterior al cumplimiento

¹³³ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 57.

¹³⁴ STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 56. Lo que sí cabe es revocar la autorización antes de que se produzca el acuerdo entre deudores, siempre que no haya sido expresamente excluida esta posibilidad (Rn. 57).

¹³⁵ GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 12. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 307. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 40. En derecho español la retroactividad obtiene apoyo normativo en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

¹³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 577: «Siendo varias las partes en el contrato —de tipo societario— o varios los sujetos en una de las partes, cada uno de ellos puede por sí solo hacer valer las causas de anulación que le afecten. Según los casos, quedarán o no vinculados los demás sujetos, de acuerdo con los criterios generales de la ineficacia parcial».

por parte del asumente, la ineficacia retroactiva provocada por la anulación faculta a éste para repetir directamente del acreedor.

3. La asunción de deuda cumulativa

Cuando la asunción es cumulativa el asumente no se obliga en lugar del deudor, sino que se suma a éste y queda obligado a realizar la misma prestación. El contrato de asunción de deuda cumulativa no crea una obligación paralela entre acreedor y asumente, diferente y accesoría respecto de la relación principal, sino que *introduce al asumente en la relación ya existente*. El acreedor *no dispone* de su crédito, pues conserva intacta la pretensión de cumplimiento para con el deudor primitivo; de aquí que para llevar a cabo un contrato de asunción de deuda cumulativa no haga falta el consentimiento de aquél¹³⁷. Por la acumulación el acreedor puede exigir el cumplimiento del deudor y del asumente como si se tratara de deudores solidarios¹³⁸.

La cuestión principal que plantea esta figura negocial atípica es la relativa al régimen jurídico que le es aplicable¹³⁹, pues siendo su función la de garantía o refuerzo de una obligación preexistente¹⁴⁰, hay que contar con que nuestro ordenamiento regula otras figuras jurídicas con esta misma finalidad, concretamente la fianza y la solidaridad de deudores¹⁴¹. Teniendo en cuenta que la solidaridad

¹³⁷ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 610. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 11. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 41. En contra de esta opinión, en el marco del derecho portugués, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA (*Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580) estiman que la posibilidad de que ambos deudores pacten la asunción cumulativa sin el consentimiento del acreedor y en beneficio de éste se opone al «principio contractual», por el que nadie puede verse compelido a aceptar un beneficio contra su voluntad. Lo que resulta evidente es que el acreedor podrá ignorar la asunción de deuda en la que no ha intervenido, e incluso rechazar el beneficio surgido en su favor del contrato celebrado por el deudor y el asumente.

¹³⁸ COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9 y 13. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 682. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 752. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 312. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 37 y 49.

¹³⁹ CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 169.

¹⁴⁰ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1718, p. 28. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 306. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 224. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 302, p. 215. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 301. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 611. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 405. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 682. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, IV, cit., p. 426.

¹⁴¹ La doctrina ha sido siempre consciente de la cercanía de la asunción de deuda cumulativa respecto de la solidaridad de deudores, la fianza o el contrato en favor de tercero: BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1753, p. 72. LAURENT, *Prin-*

pasiva funciona en buena medida como un supuesto de garantía mutua ¹⁴², no habría problema en aplicar de forma conjunta ambas regulaciones si no fuera porque existen algunos puntos en los que resultan incompatibles. Ahora bien, esta incompatibilidad puntual de dos bloques normativos de carácter dispositivo no obliga a plantear la cuestión en términos disyuntivos ¹⁴³. Más bien, teniendo en cuenta el origen histórico común de ambas regulaciones, se trata de intentar una aplicación conjunta, eligiendo, en aquellos conflictos en los que se ofrecen varias soluciones, la mejor. En la labor de aplicación *por vía analógica de normas dispositivas* a una *figura negocial atípica*, parece lo más razonable poder elegir entre ellas, eludiendo así las que han sido criticadas incluso para la figura típica para la que se encuentran previstas ¹⁴⁴.

Si no se ha establecido un orden de preferencia en el cumplimiento, de forma que el acreedor deba dirigirse en primer lugar contra el deudor, o contra el asumente (como ocurre en Italia ¹⁴⁵),

cipes..., XVIII, cit., núm. 321, p. 349. En Alemania la distinción entre fianza y asunción de deuda cumulativa adquiere mayor relieve, porque ésta se presenta como una forma relativamente sencilla de vulnerar la exigencia de forma que el BGB determina para aquélla (§ 766 BGB); afirma MÖSCHEL que de no existir este riesgo carecería de sentido una delimitación rigurosa respecto de la fianza (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 15). Ver también ADAME, *Asunción...*, cit., p. 199.

¹⁴² Tal y como afirma CAFFARENA (en «Comentario...», II, cit., art. 1137, p. 118), «la solidaridad pasiva cumple esencialmente una función de garantía»; precisamente, uno de los supuestos de solidaridad no uniforme permitidos al amparo del artículo 1140 CC es aquél «en que se haya constituido una garantía respecto de uno de los deudores» («Comentario...», II, cit., art. 1140, p. 125). CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 93. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 501. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 204. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 41. Para PUIG I FERRIOL («Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pp. 436 y ss.) en toda fianza hay que ver un caso de solidaridad de deudores.

¹⁴³ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 217 y ss.

¹⁴⁴ También en el derecho alemán la asunción de deuda cumulativa constituye una figura negocial atípica por la que asumente y deudor quedan obligados como deudores solidarios. Pero no por ello se les aplica en bloque la regulación de éstos. Los autores combinan los preceptos de la solidaridad pasiva con otros que se ocupan de figuras cercanas, para llegar así a una regulación óptima de aquélla. Y no es poca la complicación y las disputas que surgen en esta tarea, si se tiene en cuenta que implica la armonización de normas provenientes no sólo de la relación solidaria pasiva y de la fianza (como ocurre entre nosotros), sino también de la asunción de deuda liberatoria (sobre todo del § 417 BGB) y del contrato en favor de tercero (pues es unánime la opinión de que la asunción de deuda cumulativa concertada por deudor y asumente constituye un supuesto de contrato en favor de tercero). Sobre la cuestión, ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 8. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 610 y 611. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9 y ss. SCHEYHING, en NÖRR/SCHEYHING, *Sukzessionen...*, cit., pp. 408 y ss.; páginas revisadas por NÖRR en la segunda edición de esta obra, ya citada, pp. 254 y ss. PALANDT/HEINRICH, Vor § 414 ff., Rn. 5. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pp. 312 y ss. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 37 y 44.

¹⁴⁵ MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 415. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 942 y ss. DE SANTIS, en «Comentario...», IV, cit., p. 297. Dice el artículo 1268, párrafo segundo, del *Codice* que «el acreedor que haya aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el delegante, si previamente no ha exigido el cumplimiento del delegado».

parece lo más razonable que la libertad de aquél no quede en este punto constreñida, pudiendo por tanto exigir el todo de cualquiera de ambos, sin perjuicio de proceder contra el otro en la medida en la que el crédito no hubiera quedado aún satisfecho¹⁴⁶. La asunción de deuda cumulativa se comporta en este aspecto como un supuesto de solidaridad de deudores al que resulta aplicable el artículo 1144 CC.

En cuanto a las excepciones oponibles por el asumente acumulado frente al acreedor, el único obstáculo para hacer compatible el artículo 1148 CC (sobre excepciones oponibles por el deudor solidario frente al acreedor) con los artículos 1824 y 1853 CC (sobre excepciones oponibles por el fiador frente al acreedor) está en la mención por parte de éstos de una tercera categoría de excepciones («puramente personales» del deudor), ignorada por aquél, que frente a las *simplemente* personales no son oponibles por el fiador. A pesar de la existencia de una propuesta de corrección del artículo 1148, acomodándolo a la clasificación tripartita de excepciones oponibles por el fiador, para evitar así contradicciones entre partes de un mismo cuerpo legal con función similar¹⁴⁷, no todos los autores parecen inclinados a aceptarla¹⁴⁸. Con todo, ni la literalidad del Código, ni una diversa interpretación del supuesto de hecho de los artículos 1824 y 1853¹⁴⁹ son obstáculo para que a la asunción de deuda cumulativa se le aplique de forma conjunta la regulación mencionada.

Si el fiador y el deudor solidario que pagan pueden quedar subrogados en el derecho que el acreedor tiene contra el deudor, habrá que reconocer también esta posibilidad al asumente¹⁵⁰. Cuestión diferente plantea el contenido de la acción de regreso que a

¹⁴⁶ Sobre fianza solidaria y subsidiariedad, CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 76 y 77. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 503. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 434.

¹⁴⁷ CARRASCO, *Fianza...*, cit., p. 93. CAFFARENA, «Comentario...», II, cit., art. 1148, pp. 148 y 149; *La solidaridad...*, cit., pp. 51 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 213.

¹⁴⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 279 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51.

¹⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 281: «Se trata de supuestos en los que el acreedor exige, para contratar con un incapaz, otro obligado que garantice los riesgos de la posible anulación por el deudor de su obligación. Por la propia naturaleza del supuesto, dicho garante no podrá hacer valer la incapacidad del deudor subsistiendo, por lo tanto, su obligación con independencia de la anulación de la obligación del artículo 1148 Cc.». Aunque aceptemos este planteamiento, lo que no queda justificado es que el garante/fiador merezca en este supuesto un tratamiento diferente del que recibiría un garante/deudor solidario, salvo que partamos de que el supuesto es sólo compatible con la figura del fiador.

¹⁵⁰ Sobre el derecho de reembolso y la subrogación en la solidaridad pasiva, CAFFARENA, en «Comentario...», II, cit., art. 1145, p. 140; *La solidaridad...*, cit., pp. 254 y 255. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 215. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 52.

éste corresponda frente al deudor. Según el artículo 1145.II, «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores *la parte que a cada uno corresponda*, con los intereses de anticipo»; parece por lo tanto que habrá que estar a la relación interna entre deudor y asumente. Ahora bien, en defecto de ésta, y teniendo en cuenta que el artículo 1145.II CC hace únicamente referencia a los intereses de anticipo de la cantidad que pueda exigirse de los demás deudores solidarios, sin aportar criterios para determinar dicha cantidad, resulta necesario acudir al artículo 1838 CC, encargado del derecho de regreso del fiador.

El fiador puede repetir en los términos del artículo 1838 aunque el deudor ignore la fianza (art. 1838 *in fine*). Teniendo en cuenta que de cara al deudor se trata de un supuesto de pago de tercero, podría plantearse un conflicto entre el mencionado artículo y lo previsto por el artículo 1158. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el contenido de la acción de regreso concedida por el artículo 1838 coincide sustancialmente con la acción contraria de gestión de negocios ajenos, que es la que el artículo 1158 concede al tercero (gestor) que paga cuando «lo ignore el deudor», habremos de concluir que tal conflicto no tiene lugar. Ahora bien, para ello deberá existir una verdadera gestión; en caso contrario, o cuando el deudor se haya opuesto al pago, el fiador no podrá pretender —en concepto de regreso— más de lo que corresponde al tercero en virtud del mencionado precepto: «la medida en que le hubiera sido útil el pago» (al deudor). De otra forma, el tercero y el acreedor podrían perjudicar fácilmente al deudor, diciendo haber celebrado un contrato de fianza, contrato que en derecho español, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán, no necesita de ninguna formalidad. Otra cosa es que el fiador cuente con la subrogación, de la que no siempre gozará el simple tercero.

Los artículos 1840, 1841 y 1842, cuya aplicabilidad en sede de solidaridad pasiva ha sido cuestionada¹⁵¹, regulan algunos aspectos del pago realizado por el fiador, y la cuestión es si resultan adecuados para el asumente. Aunque la hipótesis del deudor que desconoce el pago del asumente es poco probable, resulta compatible con el supuesto expromisorio; y dado el caso, el deudor debe poder oponer al asumente las excepciones que hubiera

¹⁵¹ CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., p. 56. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., pp. 215 y 216) concede —haciendo precisamente referencia a los artículos 1841 y 1842— que aunque «los preceptos de la fianza no son directamente aplicables a la solidaridad, los principios en que aquella normativa se funda (...) permiten resolver la cuestión». Con mayor cautela se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51), para quien no cabe una aplicación analógica incondicionada de los arts. 1840 y 1842. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 475) niega la aplicación analógica de los artículos 1840 y 1842 a la relación solidaria de deudores.

podido oponer al acreedor (art. 1840); asimismo el pago anticipado del asumente no tiene por qué perjudicarlo, por lo que podrá esperar al vencimiento para atender al regreso de éste (art. 1841); y finalmente, pagada la deuda por ambos, el deudor queda protegido de forma que es el asumente quien debe repetir del acreedor (art. 1842). La mera notificación de la asunción expromisoria dirigida al deudor no obliga a éste a comunicar al asumente las excepciones que le asisten frente al acreedor¹⁵². Será la relación de cobertura que eventualmente exista entre deudor y asumente la que originará deberes de información que afectarán a las excepciones oponibles y al tiempo y condiciones del pago¹⁵³.

En la solidaridad de deudores y en la fianza los efectos jurídicos de la mora o de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por dolo o culpa de alguno de los obligados se transmiten al resto¹⁵⁴. Nada que oponer a que lo mismo ocurra en la asunción de deuda cumulativa, salvo que se trate de un supuesto de expromisión desconocida o rechazada por el deudor; en este caso el efecto expansivo de la responsabilidad se produce siempre en el sentido de hacer responsable al asumente del comportamiento del deudor, mas no a la inversa, ya que sería como hacer responder a un deudor de la mora o imposibilidad culpable causada por un tercero. Para que la

¹⁵² CAFFARENA sintetiza así las consecuencias del pago por uno de los codeudores, en relación con las excepciones oponibles por cualquiera de ellos: «los codeudores pueden oponer (a la pretensión en vía de regreso del codeudor que paga) tanto los hechos que den lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación como los que originan excepciones personales referentes a ellos siempre que el deudor que pagó no los hubiese opuesto en juicio o habiéndolo hecho hubiesen sido estimados por el Juez. Ahora bien en cuanto a las excepciones personales o a las comunes que se refieren a hechos que por su naturaleza sólo son conocidos por uno de los deudores no podrán oponerse cuando el deudor que realizó el pago lo comunicó previamente a los demás y éstos no le informaron al respecto. Así se deriva del principio de buena fe y de una aplicación analógica de los arts. 1840 y 1842 CC. En cambio parece claro que no cabe oponer al deudor que pagó las excepciones personales a él correspondientes» (en «Comentario...», II, cit., art. 1145, p. 141). CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 55 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 216. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51.

¹⁵³ CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., p. 56: «existe un deber por parte de este deudor (conocedor de una excepción que por su naturaleza sólo es conocida por él) de informar a su codeudor, al que se le exige el pago, a fin de que éste oponga la correspondiente excepción. Como presupuesto de este deber es preciso que el codeudor requerido informe a sus coobligados de que se le ha exigido el pago de la deuda. No sería conforme a la buena fe el comportamiento del deudor, que no poniendo en conocimiento de su coobligado el hecho que da lugar a la excepción, luego, al ser requerido en vía de regreso por éste esgrima el mismo hecho que ocultó. Los artículos 1840 y 1842 se hacen eco de esta idea en la fianza».

¹⁵⁴ En la solidaridad de deudores, ADAME, *Asunción...*, cit., p. 481. CAFFARENA, «Comentario...», II, art. 1147, p. 147. *La solidaridad...*, cit., pp. 347 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 224 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 45 y ss. En la fianza, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 516. GUILARTE ZAPATERO, «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1827, p. 1796. PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 232 y ss.

responsabilidad en que incurre el expromitente sea también exigible al deudor no basta con que éste haya conocido la expromisión y no se haya opuesto a ella; es necesario que de alguna forma se haya involucrado en la misma (aceptación expresa o tácita), y que no haya sido el acreedor quien haya impuesto la identidad del asumente que incurre en mora o causa la imposibilidad de forma culpable¹⁵⁵.

Dice el artículo 1835 CC que «la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad»¹⁵⁶. Explica Delgado Echeverría que la doctrina considera evidente la regla del artículo 1835.I CC, «atendiendo a que el fiador transige tan sólo sobre su obligación fideiusoria, cuyas vicisitudes no afectan a la deuda garantizada». La transacción realizada por el deudor con el acreedor (art. 1835.II CC) «es, respecto del fiador, *res inter alios acta*, y sólo puede afectarle cuando él así lo quiera»¹⁵⁷. Ahora bien, cuando es el fiador el que transige, «no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado» (art. 1839.II CC).

La solidaridad pasiva carece de una norma específica para el supuesto de transacción llevada a cabo por uno de los deudores solidarios (al contrario de lo que ocurría en el Proyecto de 1851, en el que García Goyena proponía la misma norma que para la fianza, a pesar de que la obligación del deudor solidario ni es fideiusoria, ni subsidiaria respecto de los demás deudores solidarios)¹⁵⁸. Tratándose de una relación obligatoria única la que liga a éstos con el acreedor, resulta difícil justificar que lo que le ocurra a dicha obligación, aunque sea por la acción de uno de ellos, no efecte a todos¹⁵⁹. Sin embargo, el punto de partida no puede ser otro que el de la eficacia *inter partes* de la transacción (cuyo contenido puede ser incluso imposible para otros obligados). Por ello parece razonable defender, con Díez-Picazo, que cada deudor solidario —como el fiador en el artículo 1835 CC— puede servirse de la transacción llevada a cabo por cualquiera de los otros codeudores solidarios; se armoniza así el respeto a la *res inter alios acta* con el carácter único

¹⁵⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 237.

¹⁵⁶ En cuanto a la transacción llevada a cabo por el acreedor con uno (o algunos) de los deudores solidarios, CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 93. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 227 y 228. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 43 y 44.

¹⁵⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 531.

¹⁵⁸ PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico...», cit., pp. 476 y ss.

¹⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 227: «es difícil explicar por qué la novación o la remisión pueden producir efectos en la situación de los restantes deudores solidarios y que no los produzca la transacción que contiene pactos que conducen a aquellos efectos.»

de la relación obligatoria¹⁶⁰. Ésta es por tanto la solución que conviene a la asunción de deuda cumulativa, en la que deudor y asumente deben lo mismo y en la misma relación obligatoria.

También parece lógico que «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera» de los deudores solidarios, en nuestro caso, por deudor o asumente, extinga la obligación, sin perjuicio de la protección que el deudor merece frente al expromitente, «y de lo dispuesto en el art. 1146» (art. 1143 CC)¹⁶¹.

La extensión de los efectos de la cosa juzgada material a los codeudores solidarios que no litigan en el proceso dirigido por el acreedor contra uno de ellos es consecuencia del párrafo tercero del artículo 1252 CC¹⁶². Teniendo en cuenta la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en los procesos entablados contra cualquiera de los deudores solidarios, éste es un precepto que ha merecido la crítica de la doctrina por conducir a «resultados insatisfactorios»¹⁶³; en palabras de Sancho Rebullida, «no parece aceptable que la cosa juzgada despliegue su eficacia positiva, es decir que la sentencia condenatoria de un deudor pueda ejecutarse contra otro codeudor solidario, que no fue parte en el proceso: el art. 24 Const.; la posibilidad de fraude en el primer demandado; y que en nuestro Derecho procesal la persona del condenado forma parte necesaria de la ejecutoria, impiden, efectivamente, semejante efecto. Sin embargo, el deudor nuevamente demandado, no podrá valerse de las excepciones comunes que hubiesen sido desestimadas en la sentencia anterior. Y, en cuanto al efecto negativo –paralización del nuevo proceso– la anterior sentencia absolutoria, fundada en excepción común, sí que impedirá un nuevo proceso contra los demás deudores solidarios»¹⁶⁴. La aplicabilidad del mencionado precepto a la asunción de deuda cumulativa ha de ser por tanto negada, o al menos, debidamente matizada¹⁶⁵.

¹⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 228.

¹⁶¹ Pormenorizado análisis de estos artículos en CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 142 y ss., 296 y ss.; «Comentario...», II, cit., art. 1143, pp. 132 y ss.; art. 1146, pp. 142 y ss. Ver también DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 217 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 45 y ss.

¹⁶² Artículo 1252.III CC: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas.»

¹⁶³ CAFFARENA, «Comentario...», II, cit., art. 1144, p. 138.

¹⁶⁴ SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 43.

¹⁶⁵ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 482. ALAMILLO SANZ, «La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario», *La Ley*, 1984-2, pp. 1087 y ss. CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 10 y ss.; «Comentario...», II, cit., art. 1144, p. 138. CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 169. CARRERAS RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, pp. 73 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º,

Desarrollando el principio contenido en el párrafo segundo del artículo 1141 CC («las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos»), el artículo 1974 CC dispone que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores»¹⁶⁶. Ahora bien, en virtud del párrafo tercero y último de este mismo precepto, cuando el acreedor reclame a uno de los deudores solidarios sólo la parte que a éste corresponde según la relación interna, la reclamación no supondrá la interrupción de la prescripción respecto del resto de deudores solidarios¹⁶⁷. Lo que no dice el precepto es si la interrupción se produce para todos los codeudores aun cuando sea sólo uno de ellos quien haya reconocido la deuda (siendo así que el efecto propio del reconocimiento se produce sólo frente al reconocedor), o cuando los otros codeudores no hayan conocido la interrupción¹⁶⁸. Y es del artículo 1975 CC del que debe extraerse la solución, puesto que el hecho de que esté pensado para el fiador no es obstáculo para que sea aplicado también al asumente¹⁶⁹. En virtud del precepto mencionado, según la interpretación que del mismo propone Díez-Picazo, «cuando el efecto interruptivo nace de una reclamación judicial se produce frente a deudor y fiador, cualquiera que sea la persona demandada»; las reclamaciones extrajudiciales dirigidas al deudor, o los reconocimientos de deuda realizados por éste poseen eficacia interruptiva frente al fiador cuando sus fechas fueran auténticas y le hayan sido notificadas¹⁷⁰. De esta explicación se aprovecha la correcta comprensión de la asunción de deuda cumulativa, a salvo la protección del deudor frente al expromitente –desconocido o rechazado– que provoca la interrupción¹⁷¹.

Todas las figuras negociales que sirven para provocar la asunción de deuda liberatoria sirven también para la cumulativa, y además, nada impide que ambos deudores puedan hacer surgir a favor del acreedor un derecho a exigir del asumente la prestación

cit., p. 532. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 229 y ss. PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico...», cit., pp. 472 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 43.

¹⁶⁶ Crítica del artículo 1974 CC en PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico...», cit., pp. 468 y ss.

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 226.

¹⁶⁸ Cabría plantearse en qué medida está el codeudor reclamado o codeudor que reconoce la deuda obligado a comunicarlo a los demás codeudores, incluso el deudor respecto del expromitente cuando entre ambos medie una relación de cobertura.

¹⁶⁹ PÉREZ ÁLVAREZ (*Solidaridad...*, cit., p. 242) interpreta conjuntamente los artículos 1973, 1974 párrafo 1.º y 1975 para explicar la interrupción de la prescripción en sede de cofianza solidaria.

¹⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 455.

¹⁷¹ CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 169. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 533. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 455 y 456. PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., pp. 241 y ss. PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico...», cit., pp. 468 y ss.

del deudor a través de un contrato en favor de tercero, siendo el deudor primitivo estipulante, el nuevo deudor promitente, y el acreedor beneficiario¹⁷².

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como pone de relieve Rimmelspacher, durante mucho tiempo se pensó que las soluciones a las cuestiones concretas planteadas en el seno de la asunción de deuda dependían de la «construcción teórica» que, en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, se diese por válida¹⁷³. En Alemania, donde se ha disputado especialmente sobre este punto, el BGB había zanjado la cuestión acerca de la transmisibilidad a título singular de las deudas, pero no pudo evitar una pluralidad de propuestas que pretendían, con una sencilla fórmula de carácter abstracto, explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de la asunción de deuda¹⁷⁴. Con todo, ya en 1965 Flume denuncia la hipertrofia de construcciones teóricas, tachándola de «anacronismo metodológico»¹⁷⁵, y en 1968, Esser

¹⁷² NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *AAMN*, 1950, p. 477. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 410 y ss. PÉREZ CONESA, *El contrato a favor de tercero*, Granada, 1999, pp. 160 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 312. Para JORDANO («Asunción...», cit., p. 1383) el contrato a favor de tercero no puede originar una asunción de deuda cumulativa. CASALS (voz «Contrato en favor de tercero» en *Enciclopedia Jurídica Seix*, V, Barcelona, 1976, p. 359) y MARTÍN BERNAL (*La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pp. 257 y ss.) consideran que no puede calificarse como contrato a favor de tercero aquel en que el estipulante pacta con el promitente el pago a un tercero de un débito preexistente del estipulante para con el tercero. SCHLECHTRIEM plantea mejor la cuestión afirmando que, si el promitente (nuevo deudor) se obliga a cumplir la deuda del estipulante (deudor primitivo), el contrato en favor de tercero (en favor del acreedor) se convierte en un instrumento técnico idóneo para llevar a cabo la asunción de deuda cumulativa (*Schuldrecht...*, cit., p. 305). La adhesión del acreedor al contrato en favor de tercero impedirá que las partes puedan revocar la estipulación pactada a su favor, si bien, como en todo contrato en favor de tercero, el promitente podrá oponer al acreedor las excepciones derivadas de éste. COSSÍO («La transmisión...», cit. p. 205) se limita a señalar que cuando la intención de las partes era proceder a una delegación de pago, con efectos limitados a su relación interna, no debe reconocerse a favor del acreedor un derecho a proceder contra cualquiera de los deudores como si se tratara de una asunción de deuda cumulativa.

¹⁷³ RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme», *Juristische Rundschau*, 1969, p. 201.

¹⁷⁴ STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45 y ss. El autor hace un resumen de las teorías más relevantes (teoría de la oferta, teoría de la representación, teoría del contrato en favor de tercero, teoría de la disposición y, finalmente, teoría del doble negocio jurídico –de disposición y obligación–, por la que se decanta), concluyendo que, ciertamente, es posible que las partes, al proceder a la formación de su contrato de asunción de deuda, quieran que las cosas se desarrollen conforme a cualquiera de las teorías consideradas, pero que el «modelo típico legal» es el que corresponde a la última de las mencionadas.

¹⁷⁵ FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 547. La observación se ha mantenido hasta la última –cuarta– de las ediciones de la obra, que ha sido recientemente traducida al castellano, FLUME,

(en la tercera edición –1968– de su *Derecho de obligaciones*) se lamenta de que los verdaderos problemas de la asunción de deuda resulten ensombrecidos por el tono injustificadamente teórico-dogmático de su estudio. En nuestros días es común la idea de que se ha sobrevalorado la importancia de las teorías y se ha puesto de relieve que, por una parte, los partidarios de posiciones teóricas diferentes proponen las mismas soluciones a problemas concretos; y por otra, que el hecho de que se propongan soluciones distintas no obedece a que los puntos de partida teóricos fueran diferentes ¹⁷⁶.

Hoy la doctrina alemana es prácticamente unánime al admitir que el contrato de asunción de deuda liberatoria es un negocio jurídico con efecto dispositivo sobre el crédito del acreedor (el primitivo deudor deja de serlo) y con efecto obligatorio para el asumente (que debe la prestación que hasta entonces obligaba al deudor); confluyen por lo tanto en un único negocio jurídico, de una parte, un negocio de disposición –de cara al acreedor–, y de otra, un negocio de obligación –de cara al asumente– ¹⁷⁷.

No hubiera sido necesario detenerse sobre este punto, si no fuera porque entre nosotros, a la polémica sobre la transmisibilidad de las deudas a título singular (no resuelta por nuestro Código), se han sumado los ecos de las teorías importadas de Alemania ¹⁷⁸, cuya influencia, al contrario de lo que ocurre entre los propios autores alemanes, ha

Parte general del derecho civil, II, *El negocio jurídico* (4.ª ed., trad. por J. M. Miquel y E. Gómez Calle), Madrid, 1998, p. 642.

¹⁷⁶ BROX, «Anmerkung zu BGH Urteil von 8.12.1959», en *JZ*, 1960, pp. 369 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. HECKELMANN, «Anmerkung zu OLG Hamburg von 18.1.1966 – 2 U 107/65», en *NJW*, 1966, pp. 1925 y 1926. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 2. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. Afirma con contundencia este último autor que para responder a las cuestiones que plantea el contrato de asunción de deuda no se necesita recurrir a las viejas teorías de la disposición y de la oferta, que tuvieron –quizá– su papel en el siglo pasado, pero que hoy constituyen –en la expresión, ya referida de Flume– un «anacronismo metodológico». SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45. Con todo, no falta quien sigue insistiendo en la necesidad de un tratamiento dogmático más coherente en el que no se desprecie el valor de una construcción teórica consecuente con la aplicación práctica de la figura de la asunción de deuda, REDICK, *Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei § 415, 416 BGB*, Berlin, 1991, pp. 1 y ss.

¹⁷⁷ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. HIRSCH, «Die Anfechtung...», cit., p. 295. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 603 y 604. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 360. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 4.; § 414, Rn. 1 y 2. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 286 a 288 y 308. RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmtheorien...», cit., pp. 201, 209. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 307. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 2.; § 414, § 415, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25 y ss.; § 414, Rn. 5; § 415, Rn. 5, 18, 45 y ss., 51, 52, 52 b, 53 a.

¹⁷⁸ Se declaran partidarios –entre nosotros– de la teoría de la disposición, DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 250 y 251; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Derecho de obligaciones...*, II-1.º, cit., pp. 416 y 417; SSTS 25-IV-75, 11-XII-79, 22-XI-82, 10-I-83, 28-III-85, 1-XII-87, 14-XI-90. En contra, COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 202 y ss., que con toda lógica evidencia que la idea de disposición sobre un derecho ajeno no encaja en el marco de la *delegación*; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 302 a 309.

llegado hasta nuestros días¹⁷⁹; lo cual no deja de sorprender, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de una polémica en torno a la correcta interpretación de unas normas concretas, y por tanto, principalmente exegética. Con todo, incluso en Alemania pueden las partes, al proceder a la formación del contrato de asunción de deuda, hacer que las cosas se desarrollen conforme a cualquiera de las teorías (vías jurídicas) posibles, aunque el modelo típico codificado corresponda a una de ellas (teoría del doble negocio jurídico –de disposición y obligación–, correctora de la teoría de la disposición)¹⁸⁰.

Entre nosotros no existe un marco codificado de referencia¹⁸¹, pero al igual que en aquellos ordenamientos que cuentan con él, carece de sentido preguntarse por la asunción de deuda, como si se tratara de un esquema negocial fijo y predeterminado por su propia estructura y función, por su propia «naturaleza». La asunción de deuda no responde a un tipo contractual; es un efecto negocial al que cabe acceder desde diferentes hipótesis contractuales: la oferta que los deudores dirigen al acreedor, el contrato entre ambos deudores que necesita de la ratificación del acreedor para producir efecto dispositivo/liberatorio, el contrato entre acreedor y asumente (modalidad expromisoria)¹⁸², y el contrato de ambos deudores en favor del acreedor (en caso de asunción de deuda cumulativa).

En cualquier caso, el consenso alemán sobre la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda liberatoria como contrato de disposición y obligación tiene la ventaja de describir sus efectos. Precisamente es la diversa trascendencia (dispositiva o simplemente obligatoria) que para cada una de las partes se desprende del contrato de asunción de deuda la que explica que la capacidad exigida al acreedor sobre su crédito sea la de disposición, en tanto basta que la capacidad del asumente sea la de obrar¹⁸³. En la asunción de deuda cumulativa, que es un mero negocio de obligación, desaparece el componente dispositivo, por lo que no sólo no se exige capacidad de disponer al acreedor, sino que cabe prescindir de su con-

¹⁷⁹ En la monografía de ADAME se vuelve a plantear la polémica alemana en términos anacrónicos (*Asunción...*, cit., pp. 100 y ss.), proponiéndose, a su vez, una nueva «teoría de la oferta simple».

¹⁸⁰ STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45 y ss.

¹⁸¹ El artículo 118 LH (deudor del planteamiento alemán: «en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren 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») está pensando en un contrato de asunción de deuda celebrado entre deudor y asumente y presentado al acreedor para su ratificación.

¹⁸² Existen otros mecanismos por los que se puede llegar al cambio de deudor, sin ser ésta su finalidad, como la actuación del nuevo deudor como representante del primitivo, o la impropia utilización de la delegación como medio para asumir.

¹⁸³ NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 289. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25.

sentimiento (salvo para evitar que los deudores puedan revocar su acuerdo, según el modelo del contrato en favor de tercero) ¹⁸⁴.

V. CONTENIDO ESENCIAL

1. La deuda asumida

Si el asumente se obliga a cumplir la prestación del deudor es indudable que ésta (la deuda asumida, lo que el deudor debía y debe ahora el asumente) forma parte del contenido del contrato de asunción de deuda. Frente a la novación, que cambia de deudor extinguiendo la obligación preexistente por otra igual en la que el nuevo deudor sustituye al primitivo, la «sucesión» provocada por la asunción coloca al asumente en la posición del primitivo deudor, no como parte contractual sino como simple deudor (obligado a cumplir la prestación); la relación obligatoria en la que la deuda existe se mantiene por lo tanto inalterada excepto en este punto, y razonablemente, en aquellos otros que por afectar a terceros necesitan para su pervivencia del consentimiento de éstos (es el caso de las garantías).

Parece claro que no se puede asumir una deuda que no existe, y que para existir necesita de una relación obligatoria válida y eficaz ¹⁸⁵. El *leitmotiv* en materia de asunción es precisamente que el nuevo deudor asume la deuda tal y como *se encuentra* en manos del deudor primitivo en el momento de producirse la asunción ¹⁸⁶, por lo que si no existía una verdadera obligación, eso mismo es lo que se habrá «transmitido».

Por lo general, las relaciones entre la relación de valuta en la que la «deuda asumida» existe y el contrato de asunción se suelen considerar desde un punto de vista causal, esto es, cuestionando en qué medida la inexistencia, invalidez u otras vicisitudes de aquélla afectan a la eficacia de éste. Pero en realidad las relaciones entre la «relación primitiva» y la «relación de asunción» son más estrechas: que la deuda cambie de titular no significa que cambie de relación obligatoria. El deudor *debe* en virtud de la relación de valuta; el asumente *se obliga* en virtud del contrato de asunción, pero *debe* y

¹⁸⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 395 y 401. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 11. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414, Rn. 41.

¹⁸⁵ DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 270. QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione...», cit., p. 885. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 963. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 32. Entre nosotros, SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1208, p. 763.

¹⁸⁶ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 353. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 197. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309.

cumple en la misma relación de valuta en la que aquél sigue siendo parte contractual. Resulta evidente, por lo tanto, que la relación de valuta sigue afectando a la deuda y al nuevo deudor. La propia *función* de la asunción de deuda exige que la relación que constituye el marco en el que la deuda existe sea válida y eficaz¹⁸⁷.

De aquí que pueda el asumente oponerse al pago frente al acreedor alegando la nulidad, anulabilidad, resolución, «resolubilidad» o extinción por otras causas de la relación de valuta; y que una vez extinguida ésta pueda impugnar el propio contrato de asunción de deuda para recuperar del acreedor lo que ya hubiera pagado. La asunción no sana los vicios de la relación de valuta, sin perjuicio de que confirme quien se encuentre legitimado para ello, o que acreedor y asumente decidan crear una nueva relación obligatoria¹⁸⁸.

Para que la novación prospere también se necesita la existencia y eficacia de la relación de valuta (art. 1208 CC), y aunque nuestro codificador no determinara con claridad la eficacia de la novación, está claro que el contenido del precepto no obedece a la idea de «asumir una deuda», sino a que sólo mediante la extinción de la relación obligatoria primitiva es posible la creación de una nueva¹⁸⁹.

De nuevo en torno a la deuda como tal, pueden ser asumidas todo tipo de deudas, vencidas o no, sometidas a término o a condición (suspensiva o resolutoria)¹⁹⁰, o incluso futuras, siempre que el objeto de la misma pueda determinarse sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades; puede tratarse también de una deuda por la que estén obligados varios deudores solidariamente¹⁹¹, o de una deuda litigiosa¹⁹².

En cuanto al contenido de la obligación asumida, puede tratarse de una prestación de dar (dinero, cosa genérica o específica), de hacer (prestación de servicios, siempre que el deudor sea sustitui-

¹⁸⁷ RESCIGNO (voz «Delegazione...», cit, p. 935) comenta que entre las versiones proyectadas del vigente *Codice* se propuso un precepto por el que quien «espontáneamente o en virtud de delegación *asume* una obligación frente al acreedor originario, puede hacer valer la nulidad de la obligación del deudor originario frente al acreedor».

¹⁸⁸ QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione...», cit., p. 885. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 963 y 964. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 32.

¹⁸⁹ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242; p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 271, p. 329. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 329.

¹⁹⁰ SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1208, pp. 765 y ss.

¹⁹¹ Que el nuevo deudor –asumente– vaya a ocupar la posición deudora de uno, algunos o todos los deudores solidarios deberá determinarse en cada caso.

¹⁹² DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., pp. 270 y 271. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 309 y 313. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 25, 31, 32 y 41.

ble, o cuando sea posible alguna prestación alternativa no personalísima), o incluso de no hacer¹⁹³, o no exigible¹⁹⁴.

La que no puede ser objeto de un contrato de asunción de deuda es la posición pasiva de una relación o pretensión jurídico-real, ya que ésta queda determinada en virtud de situaciones fácticas que escapan de la disposición negocial (el comprador de un fundo gravado con una servidumbre de paso está obligado a respetar ésta aunque no haya pactado la sucesión con su vendedor)¹⁹⁵.

2. El consentimiento del acreedor

Para que el contrato de asunción de deuda pueda tener efecto liberatorio es necesario que bien dentro, bien junto al mismo, concorra el consentimiento del acreedor. La doctrina ha venido planteándose tradicionalmente por la naturaleza y por la forma que le es exigible a este consentimiento¹⁹⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento prestado por el acreedor, dependerá del tipo de esquema negocial de asunción en el que se integre. En caso de convenio expromisorio o contrato trilateral entre deudor, asumente y acreedor, el consentimiento de éste constituye su declaración de voluntad negocial o consentimiento contractual, que junto a los emitidos por aquél o aquéllos conforma el negocio jurídico bilateral o plurilateral en el que se integra.

Ahora bien, cuando lo que hace el acreedor es ratificar el acuerdo de asunción ya adoptado por ambos deudores, la naturaleza jurídica de la ratificación es la de un negocio jurídico unilateral recepticio que puede emitirse frente a cualquiera de ellos, o frente a ambos, y que puede ser simultáneo al acuerdo, posterior (negocio jurídico de ratificación o confirmación), o anterior (negocio jurídico

¹⁹³ En el subarriendo de vivienda con piano, el subarrendatario sucede al arrendatario/subarrendador en la obligación de no tocar el piano a determinadas horas que éste ha adquirido frente al resto de vecinos del edificio.

¹⁹⁴ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 31 y 33. En el supuesto de sucesión en una obligación no exigible («natural»), la deuda se transmite con la misma ausencia de exigibilidad; si lo que quieren las partes es «convertir» dicha obligación en civil, no podrán conseguirlo mediante *sucesión* (asunción), sino por la *creación* de una nueva, esta vez exigible. En el marco de la novación de «obligaciones naturales», SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., pp. 767 y 768.

¹⁹⁵ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR/SCHHEYHING, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 34.

¹⁹⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 844. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1377. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 359. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 602. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 301. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 16.

co de autorización)¹⁹⁷. Sea cual fuere su orden de aparición con respecto al acuerdo, y como tal negocio jurídico unilateral recepticio, es impugnabile¹⁹⁸.

La denegación por parte del acreedor del acuerdo adoptado por deudor y asumente participa de esa misma naturaleza de negocio jurídico unilateral, recepticio e impugnabile, que puede dirigirse a cualquiera de ambos¹⁹⁹, sin perjuicio de que quien la reciba tenga obligación de notificársela al otro, en virtud de la relación que les una²⁰⁰.

Si los deudores han comunicado un plazo para la adhesión al acuerdo, el silencio del acreedor equivale a una denegación; aquéllos no pueden pretender que el silencio de éste valga como consentimiento (imponiéndole un plazo pasado el cual deba entenderse aceptado el convenio propuesto), porque «una valoración típica del comportamiento no declarativo» puede determinarse por ley²⁰¹, «pero no por las partes de un negocio (ambos deudores) respecto de un tercero (el acreedor)»²⁰².

En cuanto a la forma que le es exigible al consentimiento del acreedor cuando ha de integrarse en una asunción de deuda liberatoria, se ha discutido si cabe la posibilidad de que sea tácita, o si ha de ser necesariamente expresa, tal y como exigen algunos ordenamientos jurídicos (como el artículo 1275 del *Code*, en sede de novación, los artículos 1268, 1272 y 1273 del *Codice* italiano, sobre

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 844. GARCÍA VALDECASAS, «La suesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 6 y 8. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 290 y ss. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 7 y 8. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 18, 32, 33, 55. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1112.

¹⁹⁸ NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 66.

¹⁹⁹ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 66.

²⁰⁰ STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 67.

²⁰¹ Así lo hace, por ejemplo, el § 416.I BGB: «Si el adquirente de una finca asume, por contrato con el enajenante, una deuda de éste en garantía de la cual existe una hipoteca sobre la finca, el acreedor sólo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante se la comunica. Si han transcurrido seis meses desde la recepción de la comunicación, vale la ratificación como otorgada si el acreedor no la ha negado anteriormente frente al enajenante.»

²⁰² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 151. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 9 y 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 293. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 974. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 28 y ss. Las citas literales en el texto son de RESCIGNO. En caso de que deudor y asumente hayan comunicado plazos distintos al acreedor, se proponen todo tipo de soluciones: que sea válido el plazo más corto (SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10; STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 30), el más largo (NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 293), o el impuesto en primer lugar (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 10). En ausencia de previsión legislativa específica, no parece que lo más conveniente sea fijar una regla única para todos los supuestos. Si los plazos representan el momento a partir del cual el interés en la asunción por parte de quien lo ha indicado desaparece, el transcurso de cualquiera de ellos habrá supuesto ya la desestimación. Si el primer plazo no obedece a un interés perentorio, parece más adecuado que el acreedor pueda pronunciarse hasta que transcurra el último. Habrá que observar por lo tanto, en cada caso, el interés que resulta protegido por cada plazo.

delegación, expromisión y *accollo* respectivamente, o el artículo 595.2 del Código civil portugués, sobre asunción de deuda)²⁰³.

Hoy existe en torno a esta cuestión en derecho español un cierto consenso, que se ha ido nutriendo de las aportaciones doctrinales, legales (art. 118 LH)²⁰⁴, pero sobre todo, jurisprudenciales, y por el que cabe aceptar consentimientos liberatorios tácitos del acreedor, siempre que sean resultado de un comportamiento concluyente que no ofrezca lugar a dudas, excluyendo por lo tanto el consentimiento presunto o las meras conjeturas²⁰⁵.

Nuestra jurisprudencia combina afirmaciones categóricas como «basta con que éste (el acreedor) manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente» (STS 16-VI-8, y en la misma línea las

²⁰³ En el derecho francés a la voluntad de novar se le exige que *resulte claramente del acto* (art. 1273 del *Code*). Sin embargo, para que la *délégation* opere novación el acreedor debe declarar *expresamente* que entiende liberado al deudor (art. 1275). Los autores tratan de justificar esta diferencia y de interpretar correctamente el término «expresamente»: COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 222. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 269, p. 186; núm. 313, p. 220. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 317, p. 342. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 1275, p. 622. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 400 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1276, p. 679 y 680. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 290, p. 352. El *Codice* decimonónico derogado acogió sin modificarlo el texto francés, PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni...*, IV, cit., pp. 580 y ss. El *Codice* vigente sigue haciendo referencia al consentimiento liberatorio expreso (arts. 1268, 1272 y 1273), pero la doctrina admite que pueda deducirse de «comportamientos típicos»; véase, RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 973 y ss. Para el derecho portugués véase, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, cit., art. 595, pp. 580 y 581. En cuanto al derecho español, GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, cit., p. 605) no incorpora al texto de su Proyecto (el art. 1135 de éste coincide con el actual 1205 CC) la exigencia francesa, pero anota que «es necesario que el acreedor liberte o descargue expresamente al primer deudor; de otro modo quedaría obligado éste, así como el segundo o delegado». El Código civil recoge el texto de García Goyena, pero la doctrina no respeta ya la opinión de éste. Así, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 401. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, XIX, cit., pp. 1040 y 1041. DE BUEN, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 300 y ss.

²⁰⁴ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, VII, cit., p. 310: «El art. 118 de la Ley Hipotecaria facilita grandemente el cumplimiento del requisito del *asenso* o *consentimiento* del acreedor hipotecario —que es esencial para que la asunción del débito sea perfecta— al reducir su alcance a los *efectos liberatorios* del anterior deudor, al permitir que sea *tácitamente manifestado*, al no exigir que sea prestado *en el propio acto de la compraventa*, y al prescindir del trámite de la *notificación de la asunción al acreedor*. Asimismo, da base para que el efecto liberatorio que provoca el consentimiento del acreedor se *retrotraiga* al tiempo de pactarse la asunción entre vendedor y comprador.»

²⁰⁵ ADAME (*Asunción...*, cit., p. 85 y ss.) pone de relieve cierta contradicción en la jurisprudencia, pues detecta algunas sentencias que «consideran que la voluntad de liberar debe ser expresa, y que no se puede presumir o admitir implícitamente» (STS 25-IV-75, SAP Barcelona 4-XII-89), en tanto «otras reconocen que cabe colegirla, por ejemplo, de la reclamación de pago hecha al nuevo deudor» (SSTS 11-I-49; 7-VI-82; 16-XI-81; SAP Alicante 19-I-87). El autor advierte cierta «evolución jurisprudencial en la forma de interpretar el artículo 1205 en relación con el consentimiento *por facta concludentia*», y concluye: «la única regla que nos parece válida es que el consentimiento se ha de manifestar de una forma que sea indudable porque a nadie se le quita un deudor “a traición”». El autor mencionado denuncia también la falta de coherencia terminológica en las sentencias que se encargan de la asunción de deuda.

de 22-II-46, 29-XII-56 y 26-XI-82), o «la sustitución o cambio de deudor no exige que el acreedor declare expresamente desligado al deudor primitivo» (SSTS 18-I-34, 29-XII-19), con otras que matizan la manera de entender esa «forma cualquiera» de expresión. Así, la STS 27-V-31 advierte que «el consentimiento del acreedor no puede presumirse ni deducirse de suposiciones sujetas a posible equivocación, sino que ha de constar de un modo cierto e indudable prestado con el deliberado propósito de exonerar de sus obligaciones al primitivo deudor» (idea que se reitera en la STS 27-XII-32); «el consentimiento que el acreedor ha de prestar para la novación no se presume, ni se revela de la acción que el mismo ejercite en el juicio que sobre ella versee» (SSTS 8-I-7, 10-VI-43); concretando un poco más, la STS 11-I-49 entendió que el consentimiento de la acreedora iba implícito «en el hecho de reclamar el pago de la obligación al nuevo deudor, que ya había pagado parte de ella»; y en la sentencia de 28-II-51 aclara el Tribunal Supremo que el conocimiento por parte del acreedor de la asunción acordada entre deudores no significa consentimiento liberatorio; en otra ocasión (STS 29-IV-53), pone de relieve que la novación no puede sin más deducirse del hecho de que el acreedor haya reclamado al nuevo deudor, cuando también se le ha exigido cumplimiento al deudor primitivo²⁰⁶. A modo de síntesis, la STS 20-V-97 enuncia la opinión jurisprudencial con claridad: «el consentimiento no sólo se presta mediante actos expresos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor. Esta última precisión reclama, no obstante, que los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos.»

3. La forma

A la regla general de libertad de forma, que en principio es también aplicable al contrato de asunción de deuda, se le plantea la siguiente cuestión: qué ocurre cuando la ley exige una determinada forma, bien para la relación de valuta, bien para la relación de cobertura.

En cuanto a la primera hipótesis (exigencia de forma en la relación de valuta), hay que partir de que si la ley ha exigido determinada forma para la emisión del consentimiento del deudor primitivo, lo lógico es que las razones por las que ésta fue requerida (los intereses protegidos: reflexión de quien emite el consentimiento, protección de los terceros procurando la certeza de la fecha y el contenido del acto o negocio formalizado) sigan concurriendo de cara a la prestación de consentimiento por parte del asumente. De aquí que al

²⁰⁶ SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, pp. 709 y ss.

contrato de asunción de deuda se le exija la misma forma que a la obligación originaria; tratándose de la misma deuda (simplemente cambia la figura del deudor), la *ratio* por la que se exige forma determinada al consentimiento del deudor primitivo sigue en vigor de cara a la prestación de consentimiento por parte del nuevo²⁰⁷.

En cuanto a la segunda cuestión, se trata de saber si el contrato de asunción de deuda debe sujetarse a la forma que le sea exigida a la relación de cobertura, por ejemplo cuando el asumente pretenda donar al deudor mediante la asunción. Santos Morón se plantea esto mismo cuando analiza si le son aplicables las exigencias de forma de la donación al contrato oneroso con estipulación en favor de tercero, cuando el estipulante ha querido realizar una donación al tercero/beneficiario; y comparto la conclusión a la que llega la autora cuando afirma que «al contrato oneroso con estipulación en favor de tercero que conlleve una liberalidad para éste no le son aplicables las solemnidades de la donación. La aplicación de las mismas sólo puede plantearse en relación al acto de liberalidad que tiene lugar entre estipulante y tercero»²⁰⁸. En nuestro caso, la forma de la donación le es exigible a la que el asumente pretenda hacer al primitivo deudor, esto es, a la relación de cobertura, pero no al contrato de asunción de deuda. No puede sin embargo olvidarse que ambas relaciones pueden constituir un único supuesto negocial o conformar una unidad en la intención de las partes; incluso en este caso, la asunción no estará, como tal, necesitada de forma, sin perjuicio de que lo esté la parte del contrato por la que se realiza la donación.

4. La causa

Se ha dicho que en aquellos negocios que presuponen siempre otro negocio o situación jurídica antecedente, el problema de la causa no puede desligarse por completo de la relación originaria²⁰⁹. Sin embargo, las formas en las que un negocio se relaciona con otros antecedentes pueden ser de lo más diversas. En un sistema –como el alemán– que admite la validez del negocio traslativo de

²⁰⁷ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 297. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6 y 12; § 414, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 293 y 303. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 306. SOERTEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 8; § 414, § 415, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 52; § 414, Rn. 18, 19 y 20; § 415, Rn. 9.

²⁰⁸ SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 193.

²⁰⁹ AMORÓS GUARDIOLA, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1274, p. 482. DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 214. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 235. MELICH ORSINI, «La causa...», cit., p. 30. Sobre esta cuestión, en relación con el supuesto negocial de reconocimiento de deuda: ALBIEZ-DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1987, p. 237. GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda (Aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989, pp. 107 y ss.

dominio con independencia del negocio obligacional que le sirve de base, es evidente que éste constituye la justificación (llámese causa) del desplazamiento patrimonial que se consolida en virtud de aquél²¹⁰. En este caso se suele hablar de negocio dispositivo abstracto y de negocio obligacional causal²¹¹.

Pero también se habla de abstracción para explicar que el asumente no puede oponer al acreedor excepciones derivadas de la relación de cobertura entre deudor y asumente²¹². En efecto, si la razón por la que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo es la relación jurídica que une a éstos, en virtud de la cual se obliga aquél frente a éste, *solvendi, donandi* o *credendi causa*, a asumir la deuda frente al acreedor, parece que deberá tacharse de «abstracción» el fenómeno por el que el asumente no pueda oponer a la pretensión del acreedor excepciones derivadas de la relación de cobertura. Sin embargo, ésta es una conclusión apresurada e inexacta.

²¹⁰ El ordenamiento jurídico alemán no exige causa al contrato, pero controla *a posteriori* el desplazamiento patrimonial provocado por éste a través de los preceptos que regulan el enriquecimiento injustificado (§§ 812 ff. BGB).

²¹¹ HECK, «El negocio jurídico real abstracto», *RCDI*, 1965, pp. 1443 y ss.

²¹² Así lo afirma la doctrina alemana, apoyándose en el § 417.II BGB. Los sistemas causalistas carecen de un precepto similar, pero tampoco se ha defedido en ellos que el delegado (nuevo deudor en el supuesto de novación con intervención del deudor primitivo) o el fiador puedan hacer depender su obligación frente al acreedor de la relación que les une con el deudor. Ya se ha visto que la idea de relatividad del contrato como explicación a la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura fue sustituida rápidamente por la justificación «causal» que proporciona la idea de abstracción. En Francia se consolida la opinión de que la obligación del delegado frente al delegatario es *abstracta* respecto de la relación que une a aquél con el delegante, y ello porque lo peculiar de la obligación del delegado frente al delegatario es que hay que buscar su causa fuera de la relación que les une, probablemente, en una relación jurídica distinta que media entre delegado y delegante, siendo así que esta causa no aparece manifestada en aquella relación, por lo que las más de las veces el acreedor no la conoce (BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1751, p. 67. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones: contratos, obligaciones unilaterales, legados*, Madrid, s.f., pp. 390 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 226 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 325, p. 229. GHESTIN, *Traité de droit civil...*, cit., p. 920. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 678. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353). Entre nosotros, LACRUZ BERDEJO (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 453) afirma que la causa de la obligación asumida por el delegado frente al delegatario es la relación que une a aquél con el delegante, pero que las excepciones derivadas de esta relación de cobertura no son oponibles frente al delegatario (en contra de lo que parece ser congruente con el principio de causalidad), y esto, no como consecuencia de ninguna *abstracción*, sino por la *externidad* de dicha causa; solución esta que había defendido el autor para la causa en los contratos de garantía, apuntando que «es el propio legislador quien, tradicionalmente, en los negocios de garantía prestada por tercero, ha venido a privar de influencia sobre la garantía prestada y, en general, sobre la relación garante/acreedor, a la relación que sirve de base a la garantía cuando, como sucede corrientemente, tal relación es externa al acreedor e interviene entre garante y deudor» («La causa...», cit., p. 741). En cuanto a la fianza, la RDGRN 31-VII-28 afirma que «las relaciones entre acreedor y fiador son abstractas y formales en cuanto no se percibe a primera vista ni es posible decidir *a priori* por qué razón el fiador garantiza la deuda»; nadie defiende que el fiador pueda oponer al acreedor problemas derivados de su relación con el deudor principal: CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 185 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 509 y ss. MELICH ORSINI, «La causa...», cit., p. 40.

Los supuestos de asunción de deuda liberatoria en los que interviene el acreedor (expromisión, contrato trilateral) no quedan causalmente justificados por la relación de cobertura; y esto es así, no porque la obligación del asumente frente al acreedor provenga en este caso de un contrato de asunción abstracto, sino porque el acreedor no es parte de la relación de cobertura²¹³. A lo más, la relación de cobertura puede explicar (siempre que exista, y *como motivo*) que el asumente se obligue frente al acreedor, pero ni es causa *del contrato* de asunción de deuda celebrado con éste (por qué se celebró)²¹⁴, ni es la causa *de su obligación* en este mismo contrato (para quienes consideren que ésta es la causa requerida por los artículos 1261-3.º y 1274 de nuestro Código civil)²¹⁵, ni forma parte del *resultado práctico común* perseguido por los contratantes (puede tratarse incluso de algo desconocido para el acreedor)²¹⁶, ni encaja, finalmente, en la propia literalidad del artículo 1274 CC.

Cuando el contrato de asunción de deuda lo acuerdan el deudor y el asumente, los sujetos que protagonizan la relación de cobertura y la asunción de deuda son los mismos, por lo que no puede evitarse que las vicisitudes de la primera afecten a la segunda. Es más, en muchos de estos casos la relación de asunción y la relación de cobertura formarán un único negocio (el asumente salda de este

²¹³ Ya se vio en la aproximación a las diversas regulaciones del fenómeno de cambio de deudor que la idea de relatividad del contrato como explicación para la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura fue sustituida rápidamente por la justificación «causal» que proporciona la idea de abstracción.

²¹⁴ DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 186. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart), XVII-1B, Madrid, 1993, art. 1274, p. 532; *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, pp. 109 y ss. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 233. DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico», *RDN*, 1961, p. 403; *RDP*, 1970, pp. 737 y ss.

²¹⁵ DE LA CÁMARA, «Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, 1978, pp. 650 y ss. JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código civil español», en *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990, pp. 1046 y 1052. LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 718. D'ORS, «Una elección sobre la "causa"», en *De la guerra y de la paz*, Madrid, 1954, pp. 159 y ss. RAMS ALBESA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 450 y ss. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 63 y ss.

²¹⁶ DE CASTRO, *El negocio...*, cit., pp. 188 y ss. Afirma el autor que «para saber cuál sea la causa del negocio atípico hay que estimar el *resultado práctico* que se proponen alcanzar los particulares» (*El negocio...*, cit., p. 208), y que «la valoración jurídica del *resultado práctico* concreto perseguido por los contratantes, habrá de hacerse conforme al artículo 1274, para saber si aquél basta como requisito para la validez del negocio (art. 1261)»; advierte también que la consideración del *resultado práctico* será necesaria para averiguar «si lo convenido tiene la unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios, y, en tal caso, si ellos son entre sí independientes, conexos o subordinados» (*El negocio...*, cit., p. 209). Díez-PICAZO corrobora que para una correcta aproximación a la cuestión sobre la causa «se hace precisa, como también decía CASTRO, una valoración de cada negocio atendiendo al resultado que con él se busca o que se hayan propuesto quienes hagan las declaraciones negociales», esto es, una valoración que considere la *causa concreta*: «propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar» (*Fundamentos...*, I, cit., pp. 234 y ss.).

modo una deuda que tenía con el deudor, o bien concede un préstamo a éste). Por lo tanto, en algunos supuestos la relación de cobertura forma parte del presupuesto causal de la asunción de deuda, sin perjuicio de que ésta necesite siempre de la ratificación del acreedor para producir el efecto liberatorio.

Por último, si se trata de un negocio trilateral de asunción de deuda, habrá que observar si el acuerdo de asunción se liga a la relación de cobertura de forma que las partes hagan depender aquél del buen funcionamiento de ésta. Si la relación de cobertura no se incorpora al contrato de asunción de deuda no podrá afectar a éste por el mero hecho de existir y ser probada.

La relación de valuta, en la que existe la deuda que cambia de titular, está ligada de forma inmediata a la estructura y a la función de la asunción. El acuerdo de asunción es inconcebible sin la relación obligatoria en la que dicha deuda existe y obliga; pero como tal, no justifica el acuerdo de asunción, cualquiera que sea la vía por la que se haya llegado a éste. La relación de valuta no constituye por tanto ni la causa del contrato de asunción, ni la causa de la obligación del asumente o de la disposición llevada a cabo por el acreedor.

Ahora bien, que las relaciones de valuta y cobertura no sean causa de la asunción de deuda (salvo en el supuesto mencionado) no significa en absoluto que ésta proceda de un contrato abstracto²¹⁷. En el fondo, el problema que se oculta bajo las expresiones «causa del contrato», «causa de la obligación» (derivada de contrato), no es otro que el del control de los desplazamientos patrimoniales provocados por éste²¹⁸, y el de distribución de riesgos por incumplimiento, impugnación y liquidación de relaciones contractuales²¹⁹; se trata por lo tanto de un concepto «funcional» que trata de proporcionar seguridad en dichos desplazamientos, determinando quién puede exigir el cumplimiento, quién retener lo recibido, quién exigir la restitución de lo entregado, en los diversos supuestos patológicos que afecten al contrato²²⁰.

²¹⁷ DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 292: «En el supuesto más complejo del pago de deuda ajena importa la causa, tanto en la relación del tercero que paga con el acreedor (...), como en la relación entre tercero y deudor (...). Relaciones cuya vida independiente no puede calificarse de abstracción, ya que funcionan *cada una conforme a su propia causa.*»

²¹⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 235 y 236. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 52. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 64.

²¹⁹ MORALES MORENO, «El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983, pp. 1536 y ss.

²²⁰ Sobre la necesidad de un acercamiento funcional al concepto de causa, DE LA CÁMARA afirma categóricamente que «la separación entre causa y motivos no viene impuesta por ninguna exigencia lógica, sino por una consideración práctica: *la necesidad de proteger la seguridad del tráfico*» («Meditaciones...», cit., p. 663). CAPITANT (*De la*

Es desde este punto de vista («funcional») desde el que debe ser observada la falta de coherencia de nuestro Código, que lo mismo habla de causa de la obligación como de causa del contrato, o plantea la cuestión tanto de forma objetiva (art. 1274: «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte») como subjetiva (la exigencia de causa ilícita para que el contrato produzca efectos –*ex* art. 1275– obliga a considerar los motivos de las partes, por mucho que éstos sean diferenciables de la causa).

Para cumplir con el requisito causal (art. 1261 CC), el contrato de asunción de deuda no tiene por qué recurrir, ni a la relación de valuta (sin la que no puede existir), ni a la de cobertura (salvo que la asunción también haya sido acordada entre deudores, o que las partes –cualesquiera sean– la hayan convertido en «causa concreta» de la asunción²²¹), y mucho menos a la idea de abstracción. Como contrato atípico (el artículo 118 LH no resuelve la «cuestión causal») y oneroso que es, su causa debe encajar en la previsión genérica que para los contratos onerosos determina el artículo 1274 de nuestro Código, y que se concreta para cada parte contratante en «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»²²², lo que hace sin ninguna dificultad: *el acreedor dispone de su crédito (permite la sustitución de deudor) a cambio de que el asumente se obligue a realizar la prestación del deudor, y viceversa (éste se obliga en tanto aquél disponga)*²²³. Para que el contrato de asunción cumpla con su función (sea útil) y con su «causa» (justifique los desplazamientos derivados del mismo), basta la reciprocidad entre ambas prestaciones «típicas», reciprocidad que concurre de forma objetiva, sin necesidad de que sea tal en la intención de los contratantes (salvo que esta intención haya quedado incorporada al contrato): la liberación del deudor y la obligación del asumente son las «prestaciones» exigidas por el artículo 1274 CC.²²⁴

causa... cit, p. 391) apunta que si la validez del crédito del acreedor dependiese de la de un vínculo jurídico que desconoce (la relación de cobertura), correría con un riesgo incompatible con la *seguridad necesaria en el tráfico jurídico-económico*.

²²¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 236.

²²² Para aquellos autores que, como DE CASTRO, prefieren corregir la forma con la que el Código divide la causa del contrato en las causas de las obligaciones derivadas de éste, para exigir siempre causa *al contrato*, ésta estaría constituida por «la reciprocidad de prestaciones o promesas» (*El negocio jurídico...*, cit., p. 202), y le son aplicables las mismas consideraciones que se realizan en el texto a partir de la expresión que utiliza literalmente nuestro artículo 1274.

²²³ Cada obligación de prestar es causa de su respectiva contraprestación; o bien, la reciprocidad entre ambas prestaciones representa la causa del contrato.

²²⁴ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 419 y ss. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204.

Si el contrato de asunción de deuda lo han acordado el deudor y el asumente, la explicación causal debe ser otra, puesto que aquí el asumente se obliga a asumir «a cambio» de que el deudor se obligue, bien a entender saldada una deuda de aquél, bien a aceptar la atribución gratuita que a través del pago de su deuda aquél realiza, bien a devolver lo pagado por aquél. En estos casos el incumplimiento del deudor afecta necesariamente a la asunción, que forma un todo con la relación de cobertura²²⁵.

Este panorama no cambia por el hecho de que la asunción de deuda sea cumulativa²²⁶. Si el asumente se obliga frente al acreedor, no puede oponer el fracaso de la relación de cobertura, salvo que ésta se haya incorporado al acuerdo de asunción²²⁷. Pero si se ha obligado como asumente acumulado frente al deudor, su obligación de asumir surge de la relación que le liga con éste, por lo que puede oponer al acreedor las excepciones nacidas de ésta²²⁸. Si la relación de cobertura justifica causalmente la obligación del asumente no puede dejar de afectar a la asunción²²⁹, de la misma forma que si el asumente *acumulado* se obliga en virtud de un pacto acordado con el propio acreedor, es lógico que pueda oponer sus irregularidades a éste²³⁰.

VI. EL ALCANCE DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA

1. Las garantías prestadas en favor del deudor

Cuando la prestación del deudor está garantizada, por él mismo o por terceros –incluido el futuro asumente–, se plantea la cuestión

²²⁵ Planteada así la «cuestión causal», parece claro que carece de sentido importar la problemática, típicamente delegatoria, sobre la «nulidad de la doble causa» (nulidad de ambas relaciones, de valuta y de cobertura, o su variante de nulidad de la relación de cobertura y gratuidad de la relación de valuta). Para conocer de esta cuestión véase, BIGIAVI, *La delegazione...*, cit., pp. 321 y ss.

²²⁶ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 481 y 482.

²²⁷ LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., pp. 733 y ss.

²²⁸ Coherente con este planteamiento en el comentario a la figura del contrato en favor de tercero, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 412 y ss.

²²⁹ Si el nuevo deudor asume cumulativamente la deuda en virtud de un acuerdo realizado con el deudor primitivo por el que el acreedor recibe esta ventaja de forma gratuita, por mucho que éste haya aceptado, la relación de cobertura es la única explicación para la obligación del asumente, puesto que ni éste ni el deudor reciben nada del acreedor como «contraprestación» que sirva de «causa» en el contrato de asunción. Cuando la relación de cobertura es utilizada para realizar una atribución gratuita al acreedor, la causa del contrato de asunción de deuda no puede ser «para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» (art. 1274 CC), puesto que el acreedor ni presta ni promete nada al asumente; y tampoco lo es la «mera liberalidad» de éste. La relación de cobertura es aquí el fundamento de la asunción.

²³⁰ LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 742.

sobre la subsistencia de las garantías una vez haya sido asumida la deuda.

Hay que partir de que para los garantes no es indiferente la identidad del deudor, por lo que sus obligaciones sólo podrán perdurar con su consentimiento. Así se deduce de los principios generales que informan el derecho de obligaciones²³¹, y así se expresaba con toda claridad el artículo 1138 del Proyecto de 1851, sobre novación subjetiva pasiva²³²; sin embargo, el precepto fue transformado antes de llegar al Código civil, y aunque en una primera lectura del actual artículo 1207 CC, su «sucesor», uno quiera hacerle decir lo que aquél, lo cierto es que expresa otra idea: «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento». En efecto, el artículo habla de la subsistencia de las garantías –a pesar de la novación y sin mencionar el consentimiento de los garantes–, cuando éstas aprovechan a tercero; parece, por lo tanto, que hace referencia a terceros distintos de los propios garantes, puesto que a éstos lo que les aprovecha es precisamente liberarse con motivo de la novación²³³.

Entre las primeras interpretaciones de este artículo 1207 se apuntó que podría hacer referencia a un contrato en favor de tercero en el que la prestación del promitente en favor de éste se encuentra garantizada²³⁴. Ahora bien, el beneficiario que ha aceptado la estipulación realizada en su favor no necesita del artículo 1207 para protegerse frente a la novación: con la aceptación, estipulante y promitente pierden la posibilidad de revocar o modificar el contrato²³⁵.

Álvarez Caperochipi propone, después de un estudio histórico de los precedentes más inmediatos del precepto, que lo más coherente es corregir su interpretación literal, pues más vale hacerle decir algo razonable, aunque no sea nada que no se pudiera haber deducido de los principios generales, que defender una interpreta-

²³¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847.

²³² Artículo 1138 del Proyecto de 1851: «Por la novacion se estingue, no solo la obligacion principal, sino tambien sus accesorias. Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario tambien el consentimiento de este.»

²³³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El artículo 1207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación», *RCDI*, 1973, pp. 1415 y ss. El autor analiza quiénes podrían considerarse «terceros» en el artículo 1207 y concluye que sólo son tales los garantes.

²³⁴ MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., pp. 405 y 406.

²³⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El artículo 1207...», cit., pp. 1419 y 1420. BONET RAMÓN, «Los contratos a favor de tercero», *AAMN*, XII, 1961, p. 232. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., p. 401. NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos...», cit., p. 482. OSSORIO MORALES, *Comentario a la STS 9-XII-40*, *RGLJ*, 1941, p. 253.

ción literal que oscurece el problema de la subsistencia de las garantías²³⁶. Adame insiste en encontrar supuestos que encajen en la literalidad del precepto, y aunque reconoce que «normalmente la posición del fiador o hipotecante se vería perjudicada por la continuación del accesorio tras el cambio pasivo», defiende que «no es imposible pensar en algún supuesto en el que la continuación del afianzamiento aproveche al tercero» (el asumente es más solvente que el deudor; el fiador cobra por asegurar)²³⁷. Con todo, no encuentro ninguna razón por la que no deba ser el propio tercero quien decida en cada caso si «le aprovecha» o no seguir obligado. Reducido así el contenido del artículo 1207 CC al reconocimiento de que los garantes han de prestar su consentimiento para seguir siéndolo, no hay ninguna razón para no entenderlo también aplicable a la asunción de deuda, para la que, indudablemente («cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación...»), no se encuentra previsto²³⁸.

Mención especial merece la pervivencia de las garantías cuando quien las haya prestado sea el propio deudor, o el asumente antes de llegar a serlo²³⁹. Por lo que respecta al primero, las opiniones son contradictorias: algunos autores consideran que la intervención del deudor en el contrato de asunción de deuda debe ser suficiente para presumir su consentimiento tácito a la pervivencia de las garantías²⁴⁰; para otros, se le debe tratar como a un tercero²⁴¹.

No debe perderse de vista que, en cualquier caso, de lo que se trata es de interpretar la voluntad de las partes manifestada en el contrato de asunción de deuda, por lo que los autores no pueden pretender sino orientar dicha labor de interpretación. Algunos destacan que el mero hecho de participar —o tomar la iniciativa— en el contrato de asunción de deuda no puede significar sin más el consentimiento a la pervivencia de la garantías; otros ponen de relieve que el deudor no puede ser considerado como un simple

²³⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., pp. 1414 y ss.

²³⁷ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 364 y 365.

²³⁸ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 357. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 196. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., pp. 1377 y 1378. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1114.

²³⁹ Se tratará siempre de garantías *reales*, ya que, en cuanto a las *personales*, el deudor no podrá haber afianzado su propia deuda, y el asumente que hubiese sido fiador dejará de serlo por «confundirse» con el deudor.

²⁴⁰ CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 223. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., pp. 1377 y 1378. MANCINI, en «Delegazione...», cit., p. 426. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 361. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 978. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 26.

²⁴¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., pp. 1428 y 1429. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

tercero, precisamente porque existen datos objetivos (su participación en el contrato de asunción de deuda) de los que cabrá deducir con cierta facilidad su consentimiento. Según otra propuesta, cuando el consentimiento del acreedor sea simplemente *liberatorio*, parece adecuado entender que el deudor queda liberado tanto de la deuda como de la garantía, «pues, si así no fuera, no habría quedado liberado y el consentimiento liberatorio encontraría una restricción que no parece factible si no existe por lo menos una reserva expresa del acreedor»²⁴². Con todo, se trata de «lugares» o «tópicos» de interpretación que deberán ser valorados, en cada caso, junto a cualesquiera otros que concurren junto a éstos.

Con las garantías reales prestadas por el asumente antes de serlo ocurre algo similar; si bien predomina la opinión de que deben subsistir tras la asunción²⁴³, no falta quien advierte que la *posibilidad de deducir* de la voluntad de asumir el consentimiento para mantener las garantías ya prestadas no debe convertirse en una *presunción* de las que sólo pueden determinarse por ley²⁴⁴.

El consentimiento necesario para mantener las garantías, ya sea del deudor, ya del asumente o de los terceros, puede ser expreso o tácito; dado que la liberación del deudor provoca la de los garantes que no hubiesen declarado *ya* su voluntad de seguir siéndolo, deberá ser *anterior o coetáneo* al contrato de asunción, sin perjuicio de que un consentimiento posterior haga nacer una nueva garantía²⁴⁵.

Ahora bien, pongamos que un garante ha prestado su consentimiento para seguir obligado en favor del nuevo deudor, ¿quiere esto decir que su obligación sigue siendo exactamente la misma? y si no es así, ¿de qué manera «pervive»? ¿sufre alguna modificación? Para responder correctamente a estas preguntas hay que tener en cuenta que su decisión no sólo tiene efectos en su esfera patrimonial personal, sino que afecta también a sus acreedores, cuyas expectativas de cobro pueden variar notablemente en función de la identidad del nuevo deudor (asumente)²⁴⁶. Tratándose, por ejem-

²⁴² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1114.

²⁴³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 371. CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. MANCINI, en «Delegazione...», cit., p. 426. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 361. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 978. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 25.

²⁴⁴ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 347.

²⁴⁵ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 371. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 418, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 18.

²⁴⁶ Está claro que la obligación del garante existía ya con anterioridad a la asunción; pero la expectativa de tener que pagar finalmente la deuda y las posibilidades de poder recuperarla a través del regreso contra el deudor pueden variar sustancialmente en función de la identidad de éste.

plo, de una fianza, la cuestión es saber si su fecha sigue siendo la misma, o si habrá que estar a la de renovación del consentimiento de afianzar, en atención a los acreedores del fiador con créditos posteriores a la fianza y anteriores a la renovación del consentimiento. Cuando la deuda esté garantizada mediante una hipoteca, se trata de saber si la protección de los acreedores hipotecarios posteriores exige que la fecha de la hipoteca en favor del acreedor quede relegada a la de renovación del consentimiento del garante por cambio de deudor²⁴⁷.

Debe tenerse en cuenta que el asumente, aunque cumple en la relación de valuta (de la que pasa a ser deudor por la asunción), *se obliga* en virtud del contrato de asunción de deuda, por lo que de cara a sus acreedores la fecha de su deuda no puede ser otra que la del contrato mencionado²⁴⁸. Si la deuda asumida tiene de cara a los acreedores del asumente la fecha del contrato de asunción, parece razonable que sea ésta también la de las garantías, respetando así el principio de accesoriedad y la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primitiva concesión de aquéllas y anteriores a la renovación del consentimiento²⁴⁹. El acreedor que consiente la asunción de la deuda en favor de un nuevo deudor se arriesga a perder los garantes (aunque puede condicionar su consentimiento al de éstos), y aunque los conserve, no evita que se pongan las fechas de las garantías en favor de los acreedores anteriores a la prestación de dicho consentimiento (salvo que éstos a su vez consientan en respetar el lugar de aquél a pesar de la aparición del nuevo deudor).

2. Los privilegios del crédito

Puede ocurrir que el crédito del acreedor en la relación de valuta sea uno de los créditos privilegiados a los que el Código hace referencia en los artículos 1922, 1923 y 1924, y debe entonces cuestionarse si pierde su condición de privilegiado por el hecho de haberse asumido la deuda.

²⁴⁷ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 376. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., p. 1430. SANCHO REBULLIDA, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1207, p. 308. GARCÍA GOYENA señala expresamente («Concordancias...», cit., pp. 607 y 608) que para que el acreedor conserve «sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación, como si esta no se hubiese novado» (art. 1140 del Proyecto de 1851), «es menester que el deudor continúe siendo el mismo; pues no se podría hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con fecha anterior á la novacion, sin esponerse á perjudicar á los otros acreedores del mismo deudor».

²⁴⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., p. 1430.

²⁴⁹ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 532. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, III-2.º, *Derechos reales*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 375. URIARTE BERASATEGUI, «Revisión de ideas», *RCDI*, 1950, pp. 650 y 651.

Los privilegios constituyen excepciones a la *par conditio* de los acreedores y reconocen a sus titulares una preferencia de cobro sobre bienes determinados (privilegios especiales de los arts. 1922 y 1923 CC), o sobre el «patrimonio restante» (art. 1924 CC) del deudor común²⁵⁰.

En cuanto a los privilegios especiales, partiendo de que afectan a bienes particulares del deudor, su pervivencia resulta incompatible con la liberación de éste como consecuencia del contrato de asunción de deuda²⁵¹, por lo que parece lógico que se extingan, salvo que las partes hayan tomado medidas para evitarlo²⁵². Para que dichos bienes sigan *afectos* a la deuda hubiera hecho falta un pronunciamiento legal en tal sentido, de modo similar a como el artículo 1206 convierte al primitivo deudor en garante del nuevo cuando conoció o debió haber conocido la insolvencia de éste. No parece que la mera existencia del privilegio pueda modificar sin más el contenido de la liberación querida por las partes²⁵³.

Ahora bien, si dichos bienes se transmiten al asumente junto con la deuda, no parece ilegítimo plantearse por la pervivencia del privilegio, siempre que, en atención a los acreedores del asumente con créditos posteriores a la relación de valuta y anteriores al contrato de asunción de deuda, la fecha del crédito privilegiado sea ahora la del contrato de asunción²⁵⁴.

Los privilegios generales no podrán pretenderse sobre el patrimonio de quien ha dejado de ser deudor. La cuestión es si persisten de cara al patrimonio del asumente; y la respuesta debe ser afirmativa, aunque respetando como nueva fecha del crédito la del contrato de asunción de deuda en atención a los acreedores del asumente²⁵⁵.

En ambos casos la pervivencia del privilegio se explica, no por una pretendida eficacia real del privilegio como tal, y menos por la persona del acreedor, sino por la propia entidad (naturaleza o causa)

²⁵⁰ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 382. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 751 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1921, p. 2064. RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 285 y ss.

²⁵¹ GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 223.

²⁵² GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

²⁵³ En Italia algunos autores mantienen que cuando los bienes afectados por el privilegio siguen en manos del deudor primitivo deben seguir garantizando la deuda. RODOTÀ, voz «Espromissione...», cit., p. 790. RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 144. Pero esto supondría convertir al deudor en garante *ex lege* del asumente, fuera de los casos ya expresamente contemplados por la ley (art. 1206 CC). Nada impide sin embargo que la voluntad —expresa o tácita— de las partes sea precisamente esa, tal y como afirma con mayor acierto GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

²⁵⁴ GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

²⁵⁵ GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345. MANCINI, en «Commentario...», cit., art. 1275, p. 305.

del crédito, que es la que justifica el reconocimiento de un privilegio por parte del ordenamiento²⁵⁶. La *ratio* por la que se rompe la *par conditio* sigue existiendo a pesar de la asunción; lo que no procede es perjudicar a los acreedores del asumente con créditos de fecha anterior a la de ésta.

3. Otros componentes y accesorios de la deuda

El asumente recibe la deuda tal y como ésta se encuentra en manos del deudor²⁵⁷, con las cláusulas y acuerdos que éste hubiera pactado con el acreedor²⁵⁸. Si como afirmación principal la frase no despierta dudas, lo cierto es que en la práctica la asunción de algunos «accesorios» plantea problemas de interpretación. Así, parece lógico pensar que la deuda que produce intereses siga produciéndolos después de la asunción²⁵⁹, por lo que ésta comprenderá el importe del principal y el de aquéllos (sin duda, el de los que vayan devengándose a partir del contrato de asunción de deuda)²⁶⁰. Ahora bien, ¿qué ocurre con los intereses que, ya devengados antes de la asunción, no hubieran sido satisfechos por el deudor?

Es evidente que el asumente puede hacerse cargo de la deuda de intereses devengados; pero la preocupación de la doctrina ha sido más bien advertir que la asunción de deuda no comprende *a priori* la deuda de intereses ya devengados y no satisfechos por el deudor²⁶¹. La asunción de deuda en la que no se hace referencia expresa a los intereses que en virtud de la relación de valuta debía haber satisfecho el deudor no puede sin más extenderse a éstos²⁶². Para ello deberá constar –bien por declaración expresa, bien por actos con-

²⁵⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 751 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, en «Comentario...», II, cit., art. 1921, p. 2064. MANCINI, en «Commentario...», cit., art. 1275, p. 305.

²⁵⁷ Por la asunción no varía el carácter –civil o mercantil– que tuviera con anterioridad la deuda; GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1187. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379.

²⁵⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 353. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 197. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309.

²⁵⁹ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 395.

²⁶⁰ Por el contrario, el efecto extintivo de la novación no puede dejar de afectar a los intereses, a los privilegios o a la cláusula penal. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 606. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 405. SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 328. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 297, p. 357.

²⁶¹ ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 39. Como subrayan los autores alemanes, no se trata más que de una regla de interpretación; en la duda –dicen–, la asunción de deuda no debe comprender los intereses por pagos atrasados.

²⁶² Sin una previa labor de interpretación no puede afirmarse *a priori*, como hace JORDANO BAREA, que «el nuevo deudor queda obligado a pagar la indemnización de daños y perjuicios por culpa contractual cometida por el deudor y la pena convencional a que éste hubiere incurrido antes de la asunción de deuda» («Asunción...», cit., p. 1379).

cluyentes de las partes— que se asume, no sólo lo que conforme a la relación de valuta se debe desde el momento de la asunción en concepto de «interés», sino también lo que debió haber sido satisfecho por el deudor hasta tal fecha por ese mismo concepto.

Lo mismo ocurre con la cláusula penal (o con las arras). No hay dificultad alguna para admitir que la cláusula penal pactada en la relación de valuta obligue también a quien ha asumido la deuda²⁶³. Cuestión diferente es si el asumente responde de las obligaciones derivadas de la cláusula penal (de contenido tanto indemnizatorio como punitivo) que ya hubiesen nacido para el deudor antes de producirse la asunción de deuda, a lo que habrá que responder negativamente. La responsabilidad derivada de la cláusula penal, de la mora, o del incumplimiento en general, no puede entenderse automáticamente asumida por el mero hecho de haberse asumido *la deuda*. No basta que el asumente conozca la existencia y relevancia del incumplimiento; para la asunción de estas deudas de responsabilidad hará falta que —de forma tácita o expresa— conste la voluntad del asumente de hacerse cargo de ellas.

Otras cláusulas que se mantienen en la relación obligatoria de valuta y que afectan ahora al asumente son el lugar y la fecha del cumplimiento²⁶⁴, la cláusula compromisoria y de elección de foro competente²⁶⁵, o las cláusulas de estabilización del valor del dinero (que siguen contando como día de referencia con el de creación de la deuda)²⁶⁶. Sigue formando parte de la deuda el *pactum de non petendo* acordado por acreedor y deudor, siempre que del mismo no se deduzca que se concertó por alguna circunstancia que no concurre en el asumente. Se «transmiten» también al asumente, además del deber principal de prestación, otros deberes accesorios (como los de información, conservación, especial grado de diligencia pactado, o el derecho/deber de especificar el objeto de las obligaciones genéricas)²⁶⁷, y los derechos potestativos correspondientes a quien debe llevar a cabo la prestación (como el derecho de elección en las obligaciones facultativas); los demás derechos potestativos corresponden a quien sigue siendo parte contractual, al deudor (resolver, desistir, rescindir, anular, optar entre las acciones redhibitoria y *cuanti minoris*)²⁶⁸.

²⁶³ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 396. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 7.

²⁶⁴ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 366. ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 6. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 37.

²⁶⁵ ADAME, *Asunción...*, cit., p. 366. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 3.

²⁶⁶ STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 37; §415, Rn. 14.

²⁶⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370.

²⁶⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 5 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit.,

VII. LAS EXCEPCIONES ²⁶⁹ OPONIBLES POR EL ASUMENTE

Al estudiar los diversos mecanismos por los que se llega a asumir una deuda se han analizado las conexiones entre las diversas relaciones implicadas en la operación para conocer en qué medida las vicisitudes de cada una afectan a las demás. Ahora habrá que volver a ello desde otra perspectiva, pues se trata de determinar los medios de defensa con los que cuenta el asumente frente a la reclamación presentada por el acreedor, distinguiendo en función de que provengan del propio contrato de asunción de deuda, de la relación de cobertura o de la relación de valuta.

1. Excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda

Sin duda, el asumente puede oponer al acreedor las excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda que liga a ambos ²⁷⁰, e incluso, las que provengan de otras relaciones que les unan, como la eventual relación «causal» por la que aquél se haya obligado a asumir frente a éste ²⁷¹. Frente a las dificultades que plantea la excepción por compensación operable entre deudor y acreedor, está claro que el asumente puede compensar un crédito propio frente a éste ²⁷²; la que no podrá oponer el asumente es la *exceptio non adimpleti contractus* por incumplimiento del acreedor en el contrato de asunción, y ello porque el acreedor cumplió ya al emitir su consentimiento liberatorio, disponiendo así de su crédito a la par que se perfeccionaba el contrato de asunción ²⁷³. Cuando se trate de un supuesto de asunción por expromisión, y también como conse-

p. 606. DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 272. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 311. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 33.

²⁶⁹ Utilizo el término excepción en su sentido amplio, tal y como hace nuestro ordenamiento positivo; sobre el mismo, RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Excepción (derecho civil)» en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, pp. 2964 y ss. TAPIA FERNÁNDEZ, voz «Excepción (derecho procesal)» en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, pp. 2967 y ss.

²⁷⁰ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, p. 849. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3 y 7. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1191. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 607. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 7. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 5. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 36; § 417, Rn. 8 y 22.

²⁷¹ ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 7. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 8. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 22.

²⁷² LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 40. Lo mismo establece el artículo 1271 del *Codice civile*.

²⁷³ El asumente puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* si el acreedor no ha cumplido en la relación de valuta, pero no podrá resolver ésta.

cuencia del efecto dispositivo, no cabe que el asumente y el acreedor extingan la asunción por mutuo disenso; la posibilidad de que las cosas vuelvan a ser como antes de la asunción pasa por un nuevo convenio por el que el deudor liberado vuelva a hacerse cargo de la deuda, ahora como asumente²⁷⁴.

La impugnación del contrato de asunción de deuda por dolo del deudor merece una mención aparte. Si se trata de un supuesto de expromisión, el deudor es un tercero respecto del contrato de asunción de deuda, por lo que el asumente no puede impugnarlo por dolo (salvo que éste haya provocado un error relevante en el asumente, en cuyo caso la impugnación deberá invocar el error²⁷⁵); ahora bien, siempre que el deudor fuese parte del contrato de asunción de deuda (contrato trilateral, contrato entre deudores ratificado por el acreedor), el asumente podría impugnarlo, afectando al acreedor aunque la asunción hubiera sido concertada entre asumente y deudor y sólo ratificada por aquél.

En Alemania se encuentra abierta la disputa sobre la correcta solución a este «trato desigual» de supuestos equiparables, al que se acusa de contradictorio, sobre todo si se considera que no deja de ser «casual» el que se haya optado por una u otra vía para llegar a la asunción (§ 414, § 415 BGB)²⁷⁶. Algunos autores proponen proteger en todo caso al acreedor de forma que el asumente sólo pueda impugnar cuando aquél conozca o hubiera podido conocer el vicio que hace impugnabile el contrato de asunción²⁷⁷. Otros autores, junto a la jurisprudencia, argumentan que es la propia ley la que distingue el dolo de parte y el dolo de tercero (§ 123 BGB), y que no hay por qué proteger preferentemente al acreedor respecto del asumente víctima del dolo²⁷⁸. La relativa igualdad de fuerzas entre los partidarios

²⁷⁴ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 302. Haciendo referencia a la expromisión que causa novación, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 303 y 304, pp. 215 y 216.

²⁷⁵ Sobre las relaciones entre el dolo y el error, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 171 y 172. MORALES MORENO, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1269, p. 468. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pp. 186 y ss.

²⁷⁶ Dice BROX, comentando con cierta ironía una sentencia del *Bundesgerichtshof* (*Anmerkung...*, cit., p. 371), que de mantenerse el tratamiento desigual de la impugnación por dolo, habrá que aconsejar a los acreedores que adopten siempre la vía del § 414 (la modalidad expromisoria de la asunción). REDICK afirma por el contrario que los conflictos de intereses planteados por ambos párrafos no son en absoluto equiparables (*Haftungsbegründung...*, cit., pp. 23 y 65 y ss.).

²⁷⁷ BROX, *Anmerkung...*, cit., pp. 369 y ss. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 4. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. FLUME, *Allgemeiner Teil...*, II, cit., p. 574. RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmetheorien...», cit., pp. 207 y ss. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 310. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 10 y ss.

²⁷⁸ BGHZ 31, p. 323. HIRSCH, «Die Anfechtung...», cit., *Juristische Rundschau*, 1960, pp. 291 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 607. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 14. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 3.

de ambas posturas pone de relieve la dificultad de resolver la contradicción sin vulnerar abiertamente la letra de la ley.

Sirva como reflexión que en un ordenamiento jurídico, como el alemán, que sitúa la seguridad del tráfico (principio de abstracción, control *a posteriori* de los desplazamientos patrimoniales injustificados, derivados o no de contrato) por encima de otros intereses protegibles, es lógico plantear si no debe reforzarse la posición del acreedor²⁷⁹. Pero en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de contrato se realiza *a priori* a través del concepto de «causa», parece conveniente considerar si no será mejor superar la contradicción por el flanco contrario, concediendo en todo caso al asumente la posibilidad de impugnar por dolo del deudor, aun cuando se trate de un supuesto de expromisión. Desde luego, esto será posible siempre que el acreedor conozca dicho dolo, aunque no haya participado del mismo²⁸⁰. Pero también se ha defendido que no cabe considerar como tercero, respecto de un contrato, a su beneficiario²⁸¹, por lo que podría argumentarse que el deudor, como «beneficiario» de la expromisión, debe quedar sometido a la disciplina del «dolo de parte». Sin esta corrección no es fácil superar el «desigual trato» impuesto por el texto legal.

2. Excepciones derivadas de la relación de cobertura

Como regla, lo que ocurra en la relación de cobertura entre deudor y asumente no es oponible al acreedor, que es un tercero respecto de ésta. Para quienes la simple *relatividad* del contrato no justifique sin más la inoponibilidad de excepciones que provengan del mismo frente a terceros, y sea necesaria alguna «explicación causal», ya se ha visto, al tratar específicamente de ésta, que la relación de cobertura no es causa del contrato de asunción de deuda, ni siquiera de la obligación del asumente en el contrato que éste acuerda con el acreedor (ya que difícilmente se corresponde con la «prestación» de la contraparte de la que «habla» el art. 1274.I CC)²⁸². Claro que la autonomía de las partes puede «causalizarla».

Ahora bien, cuando el contrato de asunción de deuda ha sido acordado por asumente y deudor, las partes de éste son también las

²⁷⁹ CANARIS (*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp. 127 y ss.) subraya la importancia de la protección que merece quien confía en la apariencia jurídica creada por otro u otros.

²⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 175. MORALES MORENO, en «Comentario...», cit., II, art. 1269, p. 470. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 388.

²⁸¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 175: «el dolo causado por [...] el posible beneficiario de la estipulación entra de lleno en la órbita del art. 1269».

²⁸² ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 461 y ss.

de la relación de cobertura, por lo que el principio de *relatividad* no puede evitar que las vicisitudes de ésta afecten a aquél. De hecho, lo normal será que la obligación de asumir a cargo del asumente y la obligación derivada de la relación de cobertura a cargo del deudor se encuentren en «relación causal» (cada prestación como causa de la contraprestación respectiva, o si se prefiere, la reciprocidad entre ambas como causa del contrato). En estos supuestos, asunción y cobertura forman un todo que, como tal, afecta también al acreedor que haya aceptado participar (con su ratificación) en el mismo ²⁸³.

3. Excepciones derivadas de la relación de valuta

Que la relación de valuta no puede dejar de afectar al contrato de asunción, y por lo tanto, a las posibilidades del asumente de oponerla para dejar de cumplir en la relación de asunción, es una idea que viene repitiéndose a lo largo de este trabajo y que constituye una mera consecuencia lógica del funcionamiento del contrato de asunción: si el asumente recibe la deuda en el estado que ésta presenta al producirse la asunción (la deuda cambia de titular, no de relación jurídica), resulta obvio que podrá alegar las excepciones que por entonces hubiera podido alegar el deudor (el cumplimiento, el aplazamiento, la anticipación de la reclamación, la nulidad, la prescripción ganada, la extinción de la relación de valuta con anterioridad a la asunción por condonación, confusión, compensación, imposibilidad sobrevenida de la prestación...) ²⁸⁴.

Ahora bien, no debe olvidarse que el deudor sigue siendo parte contractual de la relación de valuta y titular de los derechos potestativos no inherentes a la posición de obligado, por lo que resulta necesario plantear en qué medida afecta esto a la oponibilidad de excepciones por parte del asumente ²⁸⁵. En páginas precedentes se ha

²⁸³ Sobre la posibilidad de oponer excepciones derivadas de la relación de cobertura, a pesar del tenor literal del § 417.II BGB: ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20.

²⁸⁴ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 434 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 347. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 1. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 1. NEUMAYER, «La transmission...», cit., p. 231. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 2. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, cit., p. 317. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 5 y 24 y ss. VAN OMMESLAGHE, «La transmission...», cit., p. 148.

²⁸⁵ ADAME (*Asunción...*, cit., pp. 434 y 435) propone como criterio para determinar las excepciones derivadas de la relación de valuta oponibles por el asumente el de «legitimación»: «es oponible lo que origina nulidad», no lo es si produce mera anulabilidad.

defendido que el asumente puede oponer tanto la anulabilidad de la relación de valuta impugnada por el deudor²⁸⁶, como el incumplimiento del acreedor²⁸⁷. La idea de *paralizar* —mediante excepción— un desplazamiento patrimonial (pago del asumente al acreedor) antes de que se produzca, evitando así posteriores desplazamientos compensatorios en las relaciones de valuta y cobertura, encaja perfectamente con la «técnica causal» de control *a priori*, propia de un Código que carece de una regulación sistemática de las pretensiones restitutorias (control *a posteriori* del modelo alemán)²⁸⁸.

El BGB, que no se caracteriza por su «causalismo», reconoce expresamente al fiador esta misma posibilidad de oponerse al pago en tanto la relación principal sea anulable —o compensable— (§ 770 BGB), y los autores se cuestionan si no sería también razonable concedérsela al asumente. Las opiniones se dividen (con mayoría de voces en contra)²⁸⁹, sin que sea posible apreciar un verdadero debate; más bien se trata de una cuestión de oportunidad²⁹⁰. Curiosamente, algunos de los autores que niegan al asumente estas excepciones con las que cuenta el fiador se apresuran a reconocer que, probablemente, y en virtud de la relación de cobertura que une al deudor con el asumente, éste contará con una pretensión por la que pueda exigir de aquél el ejercicio de sus derechos potestativos²⁹¹. Por lo que respecta al derecho español, al margen de la mayor seguridad que proporciona conceder una excepción en lugar de recurrir al contenido contractual exigible (que puede generar fácilmente un proceso paralelo), no cabe duda de que la oponibilidad por parte

²⁸⁶ Por la aplicación analógica de los artículos 1302, 1824 y 1853 C.C., el asumente puede oponerse a la reclamación del acreedor por anulabilidad de la relación de valuta (salvo que sea el acreedor el legitimado para impugnarla, y en los supuestos de menor edad o incapacidad que conforman la excepción del art. 1824); y ello porque la *ratio* que fundamenta la oponibilidad concurre tanto en la fianza (que es el supuesto en el que pensó el legislador) como en la asunción de deuda: oponerse al pago de una deuda de la que aún puede «disponer» su «antiguo titular» evita complicadas operaciones de regreso y promueve comportamientos de las partes que pueden acabar con la situación de pendencia (pago; ejercicio del derecho potestativo de anular).

²⁸⁷ La *exceptio non adimpleti contractus* evita el pago de una deuda cuya relación obligatoria puede ser resuelta, promoviendo así el cumplimiento, la pretensión de cumplimiento o la resolución de la relación obligatoria de valuta.

²⁸⁸ HECK, «El negocio...», cit., pp. 1449 y ss.

²⁸⁹ En contra de la aplicación del § 770 BGB al asumente, MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen*..., cit., p. 311. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*..., cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 31. A favor, ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 5.

²⁹⁰ De hecho, entre quienes niegan al asumente la excepción de anulabilidad, algunos le conceden expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* (NÖRR, *Sukzessionen*..., cit., pp. 310 y 311. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 26 y 31), siendo así que la razón para la concesión de ambas es —al menos parcialmente— la misma (evitar un desplazamiento patrimonial que corre un riesgo cierto de ser corregido con posterioridad).

²⁹¹ MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 29.

del asumente de la anulabilidad (o resolubilidad) de la relación de valuta encaja de forma coherente en nuestro sistema de control de los desplazamientos patrimoniales.

En cuanto a las relaciones entre la asunción de deuda y la compensación operable entre acreedor y deudor, nuestros autores zanjaban la cuestión afirmando que «el que asume la deuda no puede oponer al acreedor la compensación con un crédito del primitivo deudor, pero sí puede aducir la compensación *ya operada* antes de la asunción, por ser circunstancia que representaría la extinción anterior a la deuda (art. 1202 CC)»²⁹². La expresión «ya operada» fue la forma con la que los anotadores del tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff, autores de la frase transcrita, adaptaron la utilizada por los autores alemanes, «ya declarada»²⁹³, más apropiada para un ordenamiento jurídico en el que la eficacia de la compensación exige la declaración por parte de uno al menos de los afectados de querer hacerla efectiva (§ 388 BGB).

El ordenamiento español no exige tal declaración; en principio²⁹⁴, la compensación opera automáticamente (art. 1202 CC), por lo que podría deducirse que, dada la situación de compensabilidad con anterioridad a la asunción de deuda, el efecto compensatorio se habría producido ya, dejando como objeto de la asunción lo que quedara de la deuda.

Este planteamiento resulta «teóricamente irreprochable», pero choca con que el propio Código civil, al tratar la relación triangular de cesión de crédito en la que el deudor cedido tiene oportunidad de compensar con el acreedor cedente (art. 1198 CC²⁹⁵) abandona «la regla de la automaticidad» y busca un mejor equilibrio de los intereses implicados que atiende, muy particularmente, a la con-

²⁹² COSSÓ, «La transmisión...», cit., p. 197. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Tratado...*, cit., pp. 420 y 421. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, cit., pp. 317 y 318.

²⁹³ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1958, pp. 341 y 342: «erklärte Aufrechnung».

²⁹⁴ Sobre la automaticidad del efecto de la compensación y su crítica, ADAME, *Asunción...*, cit., p. 450. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 552 y ss. GÓNZALEZ PALOMINO, «La compensación y su efecto», en *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Pamplona, 1964, pp. 72 y ss. LÓPEZ VILAS, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart), XVI-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, art. 1202, pp. 579 y ss. MIGUEL SANCHA, *La compensación convencional*, Barcelona, 1999, pp. 60 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 307 y ss. VALPUESTA FERNÁNDEZ, en «Comentario del Código civil», II, Madrid, 1991, art. 1202, pp. 292 y ss.

²⁹⁵ Artículo 1198 C.C.: «(I) El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondiera contra el cedente. (II) Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. (III) Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.»

ducta del deudor cedido²⁹⁶. No es que la asunción de deuda tenga que guardar un paralelismo con la cesión del crédito (que a lo más a que podría conducir es a reconocer que el acreedor cedido, por aceptar la asunción, pierde la posibilidad de hacer valer la compensación que hubiera podido oponer frente al deudor)²⁹⁷; lo que no está de más es observar cómo el legislador, al enfrentarse con un supuesto triangular, abandona la simple automaticidad para apreciar otros factores de valoración, en particular, la protegibilidad de las legítimas expectativas, tanto de poder compensar, como de no ver opuesta la compensación.

Parece claro que si al tiempo de la asunción no se dan los requisitos legales de «compensabilidad» ninguno de los afectados podrá pretender alegar la compensación que hubiera existido de no haberse producido aquélla.

Siendo la compensabilidad anterior a la asunción, ha podido ser o no tenida en cuenta por ésta. En caso afirmativo no se plantea complicación alguna. Por el contrario, si la situación de compensabilidad existente con anterioridad al contrato de asunción es ignorada por éste, es el propio contrato de asunción el que genera una apariencia en la que el asumente debe poder confiar, de forma que la compensación no le pueda ser opuesta en la relación de cobertura.

Ahora bien, si el asumente llega a conocer la compensación antes de que le sea exigido el cumplimiento, parece razonable que pueda oponerla (como el fiador, art. 1197 CC), pues de esta forma se respeta el efecto legal compensatorio (art. 1202 CC) y se simplifican notablemente los desplazamientos patrimoniales en cada una de las tres relaciones obligatorias afectadas, proporcionando el «control *a priori*» que ya ha sido defendido para los supuestos de anulabilidad o resolubilidad²⁹⁸. En definitiva, lo que no cabe es «sorprender» al asumente con una compensación que no tiene por

²⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 544. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos», *RCDI*, 1998, pp. 433, 444 y ss. LÓPEZ VILAS, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1198, pp. 538 y ss. PANTALEÓN, «Cesión...» cit., pp. 1119 y ss., 1126 a 1128. ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, p. 91. VALPUESTA, en «Comentario...», II, cit., art. 1198, p. 286.

²⁹⁷ La diferencia esencial entre ambos supuestos estriba en que el deudor cedido puede desconocer la cesión del crédito, y una vez conocida pueda aceptarla o rechazarla, sin que de ello dependa la validez y eficacia de aquélla; por el contrario, la asunción de deuda liberatoria es inconcebible sin el consentimiento del acreedor.

²⁹⁸ La posibilidad de oponer la compensabilidad por parte del asumente encaja mal con un sistema, como el alemán, en el que los efectos de la compensación dependen de la declaración de cualquiera de los afectados por ésta; sería como facultarle para «disponer» de patrimonios ajenos. Con todo, los autores reconocen que en virtud de la relación de cobertura que une al asumente con el deudor aquél podrá exigir de éste que compense (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 6. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309). Véase también ADAME, *Asunción...*, cit., p. 451.

qué conocer, sin perjuicio de que éste, oponiéndola, simplifique el supuesto solutorio triangular.

En caso de expromisión ignorada o rechazada por el deudor, éste no debe ver alteradas sus expectativas de compensación, siempre que concurren las exigencias legales de compensabilidad con anterioridad al vencimiento de la deuda. Cuando la situación de compensabilidad sea anterior o simultánea al vencimiento de la deuda objeto de la expromisión, no parece razonable privar al deudor de la posibilidad de compensar. Ahora bien, si el vencimiento de la deuda es anterior a la concurrencia del supuesto de hecho que da lugar a la compensación, le guste o no al deudor, habrá quedado liberado al vencimiento de aquélla por la expromisión; de aquí que, pese a la eventual expectativa de compensar en un futuro con el acreedor, deviene deudor del expromitente (con las cautelas que limitan la acción de regreso frente a quien se ha opuesto al pago).

Por último, y en cuanto a la prescripción de la deuda asumida, hay que tener en cuenta que si con la asunción de deuda lo que se hace es proporcionar un nuevo titular a una deuda que ya existía, parece lógico que el plazo de prescripción de la pretensión para hacerla efectiva siga siendo el mismo²⁹⁹. La cuestión es si debe empezar a computarse de nuevo tras la asunción o si el tiempo ya transcurrido aprovecha al asumente, esto es, si se interrumpe por la asunción de deuda el plazo de prescripción de la pretensión.

Partiendo de que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor» (art. 1973 CC), y aceptando que por reconocimiento cabe entender «cualquier conducta a través de la cual se pone de manifiesto que uno se considera obligado por el derecho»³⁰⁰, hay que conceder que toda asunción de deuda en la que intervenga el deudor habrá supuesto el mencionado reconocimiento, y por tanto, la interrupción³⁰¹.

²⁹⁹ CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 1. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. MÜNKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICHS, Vor § 414 ff., Rn. 6; § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 41; § 417, Rn. 38.

³⁰⁰ DIEZ-PICAZO, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1973, pp. 2172 y 2173. OROZCO, *La interrupción de la prescripción extintiva en el derecho español*, Granada, 1986, p. 199.

³⁰¹ ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 452 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 301. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1187; *El reconocimiento...*, cit., p. 37. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 964. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 38.

Ahora bien, cuando se trate de un supuesto de asunción por expromisión que no se encuentre acompañado por ninguna acción del deudor que pudiera considerarse como de reconocimiento (en el mencionado sentido), la posibilidad de que aquélla produzca la interrupción dependerá de que podamos apreciar la existencia de «reclamación extrajudicial del acreedor»³⁰². Y aunque pueda parecer que en la expromisión concurre una «conducta contraria a la inactividad del derecho sujeto a prescripción»³⁰³, lo cierto es que para que la reclamación pueda considerarse tal ha de realizarse frente al sujeto pasivo de la pretensión (el deudor) o su representante³⁰⁴. Se trata de una declaración de carácter recepticio que no cabe apreciar en la mera expromisión, en la que el acreedor se obliga a liberar al deudor frente al asumente. A través de este «resquicio expromisorio» cabe que la asunción no interrumpa la prescripción de la pretensión del acreedor; con todo, hay que reconocer que se trata de un supuesto extraño en el que el acreedor acuerda la expromisión sin dirigirse para nada al deudor, y en el que éste, no sólo no participa en la asunción, sino que omite toda acción que pudiera romper «el silencio de la relación jurídica»³⁰⁵.

³⁰² ADAME, *Asunción...*, cit., p. 457. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 964.

³⁰³ GETE-ALONSO, *El reconocimiento...*, cit., p. 32.

³⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, en «Comentario...», II, cit., art. 1973, p. 2170. OROZCO, *La interrupción...*, cit., p. 195. PANTALEÓN, voz «Prescripción» en *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid, 1995, p. 5012.

³⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, en «Comentario...», II, cit., art. 1973, p. 2169.

