

Eficacia del pacto de asunción de deuda hipotecaria entre esposos, codeudores solidarios

Effectiveness of the mortgage debt assumption agreement between spouses, solidarity co-debtors

por

BELÉN MARÍA CASADO CASADO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: Queremos centrar el estudio de este trabajo en analizar la eficacia de un caso concreto de asunción de deuda. El planteamiento del supuesto sirve solo de excusa para entrar en una problemática muy compleja. Puede ser habitual que los cónyuges pretendan liquidar la sociedad de gananciales tras el divorcio. Para ello, pueden pactar la atribución a uno de ellos de la vivienda habitual como bien ganancial, asumiendo este el pago del precio pendiente de la hipoteca. Tras la liquidación, uno de los esposos adquiere la titularidad plena de la vivienda habitual extinguiendo así el condominio.

El que obtiene la atribución total asume toda la deuda hipotecaria, subrogándose en la posición del otro deudor¹. Estudiaremos qué efectos tiene este pacto, a qué se obligan los excónyuges con este acuerdo. Dependerá de la posición del acreedor y de si este consiente o no la asunción entre codeudores solidarios, pero será decisivo, sobre todo, valorar a qué se obligaron exactamente los cónyuges cuando realizaron este contrato.

ABSTRACT: *We want to focus the study of this work on analyzing the effectiveness of a specific debt assumption case. The approach of the assumption serves only as an excuse to enter a very complex problem. It may be common for spouses to claim to liquidate the society after divorce. To do this, they can agree the attribution to one of them of the habitual dwelling as well profit, assuming the payment of the pending price of the mortgage. After the liquidation, one of the spouses acquires the full ownership of the habitual dwelling thus extinguishing the condominium. The one who obtains the total attribution assumes all the mortgage debt, subrogating in the position of the other debtor. [1] We will study the effects of this agreement, what the ex-spouses are obliged to do with this agreement. It will depend on the creditor's position and whether or not he consents the assumption between solidarity co-debtors, but it will be mandatory to assess what exactly the spouses were obliged to do when they made this agreement.*

PALABRAS CLAVE: Asunción de deuda hipotecaria. Novación subjetiva. Deudores solidarios. Resolución. Imposibilidad sobrevenida prestación. Incumplimiento. Efectos restitutorios.

KEY WORDS: *Mortgage debt assumption. Subjective novation. Solidarity debtors. Resolution. Impossibility of overcoming provision. Non-compliance. Restorative effects.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ENCAJE NORMATIVO: I.1. NATURALEZA JURÍDICA. I.2. ÁMBITO NORMATIVO.—II. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR EN LA ASUNCIÓN DE DEUDA.—III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: ASUNCIÓN INTERNA, ACUMULATIVA O LIBERATORIA, SU IDENTIFICACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.—IV. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA Y ASUNCIÓN INTERNA DE DEUDA: EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL ASUMENTE.—V. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DERIVADOS DE LA INEFICACIA O RESOLUCIÓN DEL ACUERDO DE ASUNCIÓN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El supuesto que examinamos se presenta como un acuerdo de mucha utilidad en una situación de crisis matrimonial, pues puede evitar contienda en materia

de Derecho de Familia. Si los cónyuges que quieren divorciarse liquidan la sociedad de gananciales y con ella se extingue el condominio sobre la vivienda familiar ganancial, la relación jurídica patrimonial entre los esposos o exesposos se sana en uno de sus puntos más conflictivos.

Sin embargo, pueden aparecer problemas con posterioridad que las partes no fueron capaces de prever o que dificultan las expectativas creadas en relación a la deuda hipotecaria.

Imaginemos que el acreedor no acepta la liberación de uno de los deudores solidarios, cuestión que será lo más probable; el mantenimiento de deudores solidarios se infiere siempre más ventajoso para el acreedor. ¿Hasta dónde llegan entonces los efectos de este pacto?, ¿tendría sentido su mantenimiento de futuro?, ¿podría esta negativa haber frustrado la causa del acuerdo?, ¿qué efectos tendría esto último? Resulta de interés jurídico averiguar las obligaciones contraídas por los exesposos mediante esta asunción de deuda, valorándolas desde fuera de la «órbita de poder del acreedor»².

El acuerdo presenta cierta complejidad por la existencia de vínculos obligaciones bilaterales y trilaterales, entre deudores y acreedor, a nivel de responsabilidad personal u obligacional y responsabilidad real. La atipicidad normativa de la figura de la asunción de deuda obstaculiza la búsqueda de soluciones. De una acotación clara del planteamiento dependen las respuestas que podamos dar a esta cuestión.

Debemos tener en cuenta que el problema es posible que perdure en el tiempo, pues puede afectar a toda la vida del préstamo hipotecario si el acuerdo se realiza cuando aún está pendiente casi toda la cuantía de deuda.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ENCAJE NORMATIVO

I.1. NATURALEZA JURÍDICA

Planteamos el estudio del pacto en virtud del cual uno de los esposos asume la deuda hipotecaria a cambio de la atribución de la titularidad exclusiva de la vivienda. Hablamos de asunción en cuanto que este deudor va a hacer suyo el débito, ya que se compromete al pago del importe pendiente del préstamo hipotecario. En virtud de ello se responsabiliza del montante sin posibilidad de exigir al otro deudor solidario en su relación interna. Se trata de una aceptación del total pago en la relación interna entre deudores solidarios, pues el que asume no es tercero sino deudor directo del acreedor.

Si esto es lo que ocurre en el supuesto que estudiamos, aunque admitamos el término asunción de la deuda en sentido amplio, podríamos cuestionar que estemos ante una auténtica asunción de deuda en sentido estricto. La doctrina, en las definiciones referidas a la figura, siempre habla de «tercero» que asume;

incluso hay opiniones que manifiestan que una persona no puede asumir una deuda de la que ya es parte. Si lo hace, no asume una deuda ni nace una relación jurídica sino que sería un acto de reconocimiento de la ya existente o quizás un negocio jurídico de fijación, «por esta misma razón un deudor solidario no puede asumir la misma deuda solidaria frente a su deudor»³.

La figura de la asunción de deuda se concibe en la actualidad como novación subjetiva modificativa, relacionada por tanto con el cambio en la posición pasiva⁴. Se reconoce plenamente hoy la existencia de la asunción de deuda pese a que durante muchos años fue discutida, pues conforme a los antecedentes históricos romanos de la novación esta podía ser solamente extintiva⁵. Después de muchos años de polémica, está plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia y doctrina, aunque se sigue cuestionando su encaje como figura diferente a la novación⁶. Para la época actual, resulta expuesta la conveniencia de su regulación de futuro. Hay quien opina que tenemos una regulación desordenada e imprecisa de la novación, que debe ser suprimida y que deben ser reestructuradas las instituciones para el cambio de acreedor y de deudor; que debe pues ser reformada esta materia por ser clave en la dinamización de la economía y de la eficiencia económica de las instituciones, para una mejor compensación y ordenación de los intereses de deudores y acreedores, siendo ello una de las cuestiones más complejas de la actual política legislativa⁷.

Otro tema no discutido en la novación es el de la necesaria ratificación posterior del acreedor. Si esta ratificación no se produce no podemos hablar de novación, de cambio en la posición pasiva. Se trata de una relación triangular que necesita siempre del apoyo o consentimiento del acreedor, que acepta la salida de uno de los deudores, el deudor primitivo, y la entrada del tercero que asume como nuevo deudor. Así se produce la llamada liberación del deudor anterior tras esta ratificación⁸.

En el supuesto que tratamos no podemos hablar en sentido técnico jurídico de tercero como nuevo deudor que asume, ni sabemos si este acuerdo nace con el consentimiento o aprobación del acreedor. Pero este pacto puede ser tratado como una asunción de deuda, pues desde el punto de vista de la finalidad perseguida por las partes los supuestos son totalmente asimilables y la autonomía de la voluntad es igualmente el fundamento de la misma. No será posible que en la relación externa dos deudores solidarios puedan asumir la deuda siendo ya deudores, pero sí en su ámbito interno. El hecho de que el que asume no sea tercero será relevante en relación a la eficacia del pacto⁹.

La asunción de deuda puede ser una asunción que tenga únicamente efectos entre el que asume y el asumido, sin que afecte a la parte acreedora. De esta manera, la asunción de deuda interna podemos definirla como un contrato en cuya virtud un tercero se obliga frente al deudor a cumplir las obligaciones que este tiene con el acreedor en la forma en que se pacte, sin efectos para el acreedor que nada podrá exigir al que asume la deuda¹⁰.

Será muy importante tener en cuenta la voluntad de las partes en la formación del acuerdo, esto es, si quisieron realizar solo una asunción interna o de cumplimiento sin que intervenga el acreedor o si el compromiso se fundamenta en la liberación de deudores y, por tanto, en un negocio jurídico triangular, condicionado al hecho de la ratificación posterior del acreedor, aunque este consentimiento pueda ser obtenido en cualquier momento.

Necesariamente también este pacto podemos encuadrarlo en un supuesto de asunción de deuda hipotecaria.

Entendemos que la asunción de deuda debe ser catalogada como un contrato. Este es otro tema discutido en la figura de la asunción de deuda, pues hay autores que entienden que estamos ante un negocio jurídico unilateral en virtud del cual, el que asume como propia la deuda, lo hace de manera siempre acumulativa, hasta que, si consiente el acreedor, sea liberatoria para el deudor primitivo. Se trata de un compromiso de liberación de una de las partes que puede pasar por varias fases: nacería como una asunción interna, evoluciona hacia una asunción externa acumulativa de pago cuando se notifica al acreedor y cuando el acreedor presta el consentimiento se transforma en liberatoria¹¹. Sin embargo, hay muchas más opiniones y razones para entender que estamos ante un contrato, entre ellas, la influencia germánica de la figura donde resulta catalogada como tal de forma expresa. Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina. En la actualidad se concibe la asunción de deuda como un contrato con libertad de forma en virtud del artículo 1278 del Código civil¹². Estamos ante un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, conmutativo, en virtud del cual un tercero sustituye en una relación jurídica preexistente al deudor, liberándole, bien por acuerdo con el acreedor (expromisión), o bien por acuerdo con el referido deudor (delegación), ratificándolo en este caso el acreedor. Como contrato, hay consentimiento entre dos o más personas y la creación de obligaciones con fuerza de ley entre las partes que han consentido; contrato también como instrumento idóneo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La asunción de deuda como modificación estaría encuadrada en los contornos del concepto de contrato, como una variedad del mismo, siendo este el género y la asunción de deuda su especie. Un contrato cuyos efectos consisten en modificar una relación jurídica preexistente¹³.

I.2. ÁMBITO NORMATIVO

En el estudio del ámbito normativo debemos advertir la crítica a la atipicidad de la figura¹⁴, así como tener en cuenta proposiciones de reforma legislativa, como la que se presentó con el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos¹⁵.

En este caso, el acuerdo de asunción de deuda nace de un pacto inserto en un convenio regulador a efectos de liquidar la sociedad de gananciales. Desde este punto de vista, el artículo 90 e) del Código civil establece la liquidación del régimen económico cuando proceda, como contenido del convenio. Este convenio regulador está regido por el principio de libertad de las partes en la realización de acuerdos y en la primacía de la autonomía de la voluntad, más aún cuando estamos, como en este caso ocurre, en materia exclusivamente patrimonial y no ante cuestiones relacionadas con menores¹⁶. La sentencia que decreta el divorcio conforme al artículo 95 del Código civil, producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará la liquidación acordada.

En la actualidad hay prácticamente total libertad para realizar este tipo de acuerdos, quedando la actividad judicial como instrumento meramente ratificador en materia económica. Incluso la mención de la ley a la no aprobación por el juez del acuerdo si fuese gravemente perjudicial para una de las partes, resulta superada en la práctica no teniendo efectividad¹⁷.

Las partes podrían haber convenido la liquidación de gananciales mediante escritura pública posterior y el fundamento seguiría siendo el mismo. En el caso que planteamos, se aprovecha el convenio para liquidar los gananciales, y dentro de esta regulación y fruto de compensaciones y distribuciones varias (arts. 1392 y sigs. CC), se introduce una asunción de deuda a cambio de la atribución de la titularidad del inmueble¹⁸.

Los efectos del mismo se circunscriben a las partes firmantes (art. 1257 CC), en este caso los esposos, pues al estar contenido en el convenio regulador no interviene la posición acreedora, aunque pudiera consentirlo después.

Tendremos que tener en cuenta los artículos 1281 y siguientes del Código civil cuando tratemos de deslindar el contenido obligacional que las partes han querido establecer en virtud de este acuerdo. Será ello clave en la valoración del supuesto, pues también es fundamental esta interpretación de las partes en la modificación o extinción de relaciones obligatorias en general.

Específicamente referido a la asunción de deuda y por su atipicidad, a esta figura se le aplica los artículos 1203 y siguientes del Código civil relativos a la novación. Aludimos para este caso a una novación modificativa, pues el artículo 1204 del Código civil determina la necesidad de manifestación expresa para que sea extintiva o que la modificación acordada sea incompatible con la anterior. Estamos de acuerdo en que la teoría de la incompatibilidad tiene su ámbito en la modificación del objeto y no en las modificaciones que tienen que ver con los cambios en los sujetos, en este caso en la posición pasiva¹⁹. Defendemos también los menores efectos del cambio en caso de duda, para entender que la novación solo es modificativa²⁰. El acuerdo en cuestión determina la modificación de la posición deudora de una relación jurídica preexistente, el concierto de un préstamo hipotecario. La asunción de deuda se cataloga como

novación modificativa subjetiva con carácter general. De ahí que el artículo 1205 del Código civil resulte plenamente aplicable.

El artículo 1207 del Código civil y de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos, deja a salvo obligaciones accesorias beneficiosas para terceros que no intervinieron. Sin embargo, si hablamos de garantías personales otorgadas por terceros, no de garantías reales, estos garantes personales deberían consentir también la liberación del deudor solidario.

Por otro lado, los artículos 1209 y siguientes del Código civil establecen la posible subrogación de obligaciones legal o convencional. El pacto mencionado puede recoger como acuerdo expreso «la subrogación» de uno de los deudores en la posición deudora del otro, pero estos preceptos se refieren a la «subrogación en los derechos del acreedor». En relación al concepto, el término subrogación se utiliza para este estudio como modificación en la posición deudora y no en los derechos del acreedor. Cabe atribuir por ello un significado distinto²¹.

Sin embargo, el artículo 118 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) sí resulta plenamente aplicable y el término subrogación que utiliza tiene que ver con una subrogación convencional en la posición deudora, tal y como para este caso se plantea. Con esta subrogación la doctrina entiende que se introdujo por primera vez a nivel legal la figura de la asunción de deuda y fue incluida, como reconocimiento a una práctica notarial previa, en la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944. Supone por tanto, la primera manifestación y consagración legal de la figura de la asunción de deuda y elimina la discusión sobre si se acepta o no definitivamente una asunción exclusivamente modificativa más allá de la *Stipulatio* romana.

El precepto en cuestión recoge lo siguiente: artículo 118 LH:

«En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo 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.

Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

El artículo 118 LH consagra legislativamente la asunción de deuda sin acudir al procedimiento de novación²². Este precepto ha sido ordenado como el reconocimiento legal expreso de la figura de la asunción y se refiere al supuesto de transmisión de finca hipotecada en la que vendedor y comprador acuerdan la transmisión de la propiedad junto con la deuda hipotecaria mediante pactos de retención o descuento del importe del precio; el comprador asume la deuda

hipotecaria del vendedor y la hace suya, quedando subrogado en la posición deudora. Desde la interpretación doctrinal otorgada a esta norma, se debe partir de una postura flexible de este artículo, capaz de recoger por extensión supuestos distintos a la venta. Puede referirse a cualquier transmisión a título gratuito u oneroso, donación, herencia, legado o cualquier contrato traslativo a título oneroso²³.

El acreedor debería ser notificado para que pueda consentir, pero este precepto no exige la notificación, pudiendo hablar de consentimiento tácito. Esta permisibilidad representa un impulso para que la asunción hipotecaria se verifique en el comprador, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sido muy exigente al requerir que el consentimiento del acreedor a la asunción de una deuda sea expreso²⁴. Por ello para la asunción de deuda hipotecaria se permite mayor flexibilidad. Pero aunque se permita el consentimiento tácito no podemos hablar de consentimiento presunto, sino claro e inequívoco. Este artículo se asienta en la idea de que si el acreedor no se opone se entenderá que efectivamente quiso el cambio de deudores, pues no olvidemos que la necesidad del consentimiento del acreedor se configura como un principio general del derecho hipotecario²⁵. Pero aunque se admita el consentimiento tácito, la sola reclamación de pago al comprador o al nuevo deudor no puede entenderse como consentimiento liberatorio²⁶.

La eficacia del acuerdo estaría limitada en principio a la relación interna entre las partes (art. 144 LH). Si el acreedor consiente podría procederse a la modificación de la escritura hipotecaria y a la posterior inscripción registral recogiendo el cambio, apareciendo como único deudor uno de los esposos. A efectos de titularidad del inmueble, el convenio regulador aprobado por el juez es el documento necesario para modificar la inscripción en el Registro²⁷. Para conseguir hacer efectiva la transmisión de la titularidad no necesitamos aprobación del acreedor pero sí para que el cambio en la posición de deudor tenga efectos para terceros.

El Derecho alemán regula la asunción de deuda como contrato. En concreto, por ejemplo, referido a la asunción de deuda hipotecaria, el parágrafo 414, inspirador de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, establece «Si el adquirente de una finca, mediante acuerdo con el enajenante, asume una deuda de este que está garantizada con hipoteca sobre la finca, el acreedor solo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante le informa. Si han transcurrido seis meses desde la recepción de la comunicación, se considera que se ha concedido la ratificación, a menos que el acreedor se la haya denegado dentro de dicho periodo de tiempo». Parágrafo 415.2 «La notificación no puede ser realizada por el enajenante hasta después de que el adquirente haya inscrito en el Registro como propietario. Debe ser por escrito y contener una referencia del hecho de que la persona que asume la deuda ocupa el lugar del antiguo deudor a menos que el deudor declare su negativa dentro de un periodo de seis

meses. 3. El enajenante notificará al acreedor, previa petición del adquirente, la asunción de deuda²⁸. Tan pronto como se resuelva la cuestión de la ratificación el enajenante se lo notificará al adquirente. Si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación solo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación las partes pueden modificar o invalidar el contrato»²⁹.

El Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos recoge expresamente la figura de la asunción de deuda en los artículos 514-11 a 514-14. En estos preceptos y siendo fiel con la tradición, aparece tanto la figura de la expromisión como la figura de la delegación de deuda, dos variantes plenamente asentadas de la asunción de deuda. Incide en el consentimiento del acreedor para el caso del acuerdo entre tercero y deudor en la delegación y habla de aceptación expresa de manera literal. Antes de la aceptación del acreedor el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación. Si el acuerdo de asunción no ha sido aceptado por el acreedor, el punto 5 del 514-11 establece que dicho acuerdo vincula al tercero con el deudor al pago de la deuda asumida, salvo que las partes pacten otra cosa³⁰.

II. EL CONSENTIMIENTO DE ACREEDOR EN LA ASUNCIÓN DE DEUDA

La ratificación del acreedor libera a uno de los deudores, que cede su posición deudora al otro tras la asunción de deuda; el deudor cedido asume el pago y la responsabilidad³¹. Es doctrina y jurisprudencia reiterada que el acreedor debe prestar el consentimiento para la novación, pero ya sea esta cumulativa o liberatoria. Si consiente en la cumulativa se añade un nuevo deudor, pero si consiente la liberatoria, produce que uno de los deudores salga de la esfera obligacional (art. 1205 CC)³².

Se habla indistintamente de consentimiento o de ratificación del acreedor como si se tratase de conceptos idénticos. Sin embargo, hay ciertos matices entre estos dos términos, pues entendemos que el consentimiento está más referido a la condición de parte del que lo presta, mientras que la ratificación está más relacionada con una acción exterior de un tercero, en este caso, el acreedor, que aprueba o confirma actos de otros³³.

El artículo 1205 del Código civil establece la necesidad del consentimiento del acreedor para el cambio en la posición pasiva, como cuestión preceptiva para la existencia misma del cambio³⁴, pero la Doctrina entiende que también es posible hablar de asunción acumulativa sin efecto liberatorio, manifestando

que el consentimiento es preceptivo para la liberación pero no para la existencia de la novación.

Conforme al artículo 1205 del Código civil se exige el consentimiento del acreedor sin mencionar más detalle en relación a la FORMA que debe tener este consentimiento. Pero literalmente recoge la necesidad de consentimiento expreso el artículo 514.44 de la Propuesta de Reforma del Código civil en materia Obligaciones y Contratos. El artículo 118 LH, respecto a la asunción de deuda hipotecaria, habla de consentimiento expreso o tácito. Esto es debido, según la doctrina, a la necesidad de hacer este consentimiento del acreedor más flexible, por la especialidad de la asunción hipotecaria, queriendo que esta asunción produzca más efectos para permitir al adquirente subrogarse plenamente en la posición del vendedor, pero advirtiendo que no puede ser un consentimiento presunto sino que debe deducirse claramente de actos concluyentes. En cualquier caso, la asunción de deuda no es automática por el hecho de la transmisión de la finca hipotecada. Así lo ha dicho la RDGRN de 2 de diciembre de 1999³⁵: «La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se transmita la deuda garantizada con la hipoteca de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor, el pacto por el que se establezca que el comprador se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también de la responsabilidad con ella garantizada».

Para el caso que estudiamos, será difícil sostener la existencia de un consentimiento tácito del acreedor o derivado de actos concluyentes. La reclamación de pago a uno de los deudores no supondría, en ningún caso, consentimiento liberatorio para la asunción, ya que el acreedor está legitimado para reclamar y aceptar el pago de cualquiera de las partes, porque ambas ya son deudoras solidarias. De hecho, afirman los autores con carácter general, para cualquier supuesto de asunción de deuda, que puede el acreedor reconocer al tercero para el pago sin que eso suponga que esté consintiendo el cambio en la posición pasiva³⁶.

No está recogida en la norma española la necesidad de notificación con plazo de respuesta para el acreedor, ni siquiera la obligación de notificar, como ocurre en el Derecho alemán. Actualmente la notificación del acuerdo al acreedor y el transcurso del plazo sin contestar no puede ser entendida directamente como consentimiento liberatorio, por mucho que sea el tiempo transcurrido. Solo hechos que puedan dar lugar a entender que hay un consentimiento derivado de actos concluyentes, que manifiesta que el acreedor está dispuesto a liberar a uno de los deudores solidarios. Hemos de tener en cuenta la trascendencia para el acreedor del consentimiento emitido, pues su derecho de crédito se apoya en la capacidad personal y patrimonial de los deudores³⁷.

Respecto al MOMENTO en que el acreedor debe prestar el consentimiento, la norma alemana le da un plazo de seis meses desde la recepción de la

comunicación, la norma española entiende que el acreedor debe consentir para la liberación sin plazo y la doctrina interpreta que ese consentimiento puede darse en cualquier momento, pudiendo ser anterior, posterior o coetáneo³⁸. La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos sí está pensando en cierto plazo aunque no dice cuánto, al afirmar que:

«Antes de la aceptación del acreedor el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación»³⁹.

Entendemos que la Propuesta de Reforma del Código civil establece un periodo de expectativa o periodo yacente, por ello, por tanto, pensamos que no querrá decir que el acreedor pueda consentir en cualquier momento. El consentimiento del acreedor para la asunción de deuda en general y para la asunción de deuda hipotecaria en particular, debe estar sometido a un plazo, que será el prudencial para que se le comunique al acreedor la asunción y pueda pronunciarse. Y además opinamos, que si las partes comunican la asunción al acreedor y este no contesta en un plazo razonable, hay que interpretarla siempre como un rechazo por parte del acreedor. Debemos tener en cuenta que la Propuesta de Reforma, al regular la asunción de deuda, añade el requisito del consentimiento expreso y el de la comunicación al acreedor⁴⁰.

Mayor problema plantea que el acreedor no resulte notificado. Puede que ni si quiera se haya enterado de la asunción de deuda entre sus deudores solidarios. Hemos de tener en cuenta, no obstante, que aunque no se hayan dado comunicaciones por escrito podrían los deudores haber tenido contactos varios a estos efectos, muy probablemente comunicaciones verbales, presenciales, telefónicas, etc. Aún siendo esto así, con la normativa actual no tenemos argumentos para defender la obligación de comunicar al acreedor, y menos para defender que la comunicación deba ser por escrito y no pueda ser verbal.

No estará obligado el deudor que asume a aceptar una liberación totalmente extemporánea, puesto que no puede estar indefinidamente vinculado a la incertidumbre de sus efectos⁴¹. Si esta ratificación resulta extemporánea debería ser acordada de nuevo por las partes⁴².

La ratificación del acreedor con modificación de las condiciones hipotecarias o condicionada tampoco es auténtica ratificación. El artículo 1256 del Código civil impide que los contratos pueden dejarse a la libre voluntad de una de las partes, en este caso, a la libre voluntad del que tiene la facultad de aceptar. La ratificación modificada o condicionada no puede ser considerada como ratificación sino como todo lo contrario, es decir, como negativa expresa a consentir la asunción de deuda y como intento al menos de expromisión para que sea el que asume el que pueda decantarse por aceptar o no la asunción de esta forma⁴³.

III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: ASUNCIÓN INTERNA, ACUMULATIVA O LIBERATORIA, SU IDENTIFICACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Tiene una importancia total calificar o identificar el acuerdo realizado como asunción de deuda interna, asunción de deuda acumulativa o asunción de deuda liberatoria. Esto es así porque la eficacia del pacto realizado depende absolutamente de esta calificación. Incluso, en ocasiones resulta decisivo determinar si estamos ante un contrato de asunción de deuda o ante otra cosa, ya que hay sentencias que entienden que el acuerdo no es una asunción de deuda sino una cesión de créditos, o califican el contrato como contrato de compraventa donde una de las partes realiza el pago del precio de una forma peculiar o se trata de una especie de mandato o gestión, que no conlleva propiamente asunción de deuda alguna⁴⁴. Téngase en cuenta que en el tráfico mercantil o comercial existirá la posibilidad de realizar acuerdos muy diversos.

No obstante, la asunción de deuda puede ser considerada un mero efecto, que puede derivar de una multitud de contratos típicos o atípicos, que se perfeccionan con respeto a los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255, 1274 CC)⁴⁵. Aclaramos con ello, por tanto, que puede haber asunción de deuda y puede haber también, por ejemplo, una compraventa; mediante la asunción de deuda el deudor asumente/comprador asume el pago del precio de forma aplazada aunque el efecto traslativo de la propiedad ya haya acontecido. Por este motivo, estos contratos tienen finalidades muy diferentes, pudiendo establecerse con intención de donar, con intención de prestar dinero o en cumplimiento de una obligación contraída previamente.

Es este un tema de enorme complejidad y con total trascendencia en la práctica, ya que son muchas las sentencias destinadas a valorar si estamos ante una asunción de deuda realmente, si esta es liberatoria, acumulativa o si el cambio ha producido la extinción de la relación obligatoria haciendo nacer una nueva. Por ello, resulta decisiva la actuación del acreedor y dilucidar qué es lo que quisieron las partes al contratar. Los argumentos jurídicos utilizados son básicamente dos: la correcta aplicación del artículo 1205 del Código civil y, los artículos 1281 y siguientes del Código civil.

Aunque la asunción de deuda se presenta reconocida como figura jurídica, que supone la aceptación doctrinal de la novación modificativa, con aplicación analógica del artículo 1205 del Código civil, que puede ser tanto liberatoria como acumulativa, las sentencias analizadas sobre asunción de deuda muestran cierto paralelismo entre la novación extintiva y la asunción de deuda liberatoria, y la novación modificativa con la asunción de deuda acumulativa. Pocas sentencias hemos encontrado referidas a la asunción interna propiamente dicha (creemos que más bien denominada, en todo caso, como asunción acumulativa

sin consentimiento del acreedor), pero sí muchas sentencias disponiendo una asunción acumulativa por falta de consentimiento del acreedor. En estos casos, resulta interpretable, respecto de cada una de ellas, si el pacto tuvo intención de quedar como asunción cumulativa con efectos exclusivamente *inter partes* o si resultó acumulativa porque no fue conseguido el acuerdo trilateral, aunque hubiese nacido con esa pretensión.

Así, por ejemplo, entre otras muchas, la STS de 1 de diciembre de 1989, en una asunción de deuda condicionada mediante pacto resolutorio, determina que estamos ante una novación modificativa, cumulativa, porque se da el acuerdo tripartito y porque la anterior puede revivir si hay incumplimiento, entendiendo que la novación extintiva es siempre excepcional.

Por otro lado, la STS de 6 de junio de 1991 afirma literalmente que la asunción de deuda cumulativa no excluye la aceptación del acreedor, pues su efecto principal es crear una relación de solidaridad entre el antiguo y el nuevo deudor.

La STS 953/2000 de 24 de octubre, se expresa considerando la asunción de deuda como cumulativa, habla de novación modificativa y no extintiva, no extingue sino que modifica el vínculo contractual.

La STS 664/2014 de 19 de noviembre, afirma que la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra respecto de la misma relación obligatoria sin extinción de esta, citando al mismo tiempo la STS de 21 de mayo de 1997; figura no recogida por el Código civil, pero admitida por la jurisprudencia y la práctica en la realidad social (citando las STS de 29 de noviembre de 2001, 21 de marzo de 2002, 29 de abril de 2005, 21 de mayo de 2007, 13 de febrero de 2009). La STS 590/2015 de 5 de noviembre, entiende que sin consentimiento del acreedor la asunción de deuda es cumulativa o de refuerzo y que para que sea liberatoria se necesita el consentimiento del acreedor, citando otras muchas como la SSTS 990/1996 de 25 de noviembre, 433/1997 de 20 de mayo, 552/2003 de 10 de junio, 72/2005 de 14 de febrero, 280/2005 de 29 de abril y 841/2010 de 20 de diciembre.

Los problemas en los tribunales relacionados con la asunción de deuda se resuelven en casi todos los casos desde la perspectiva de la voluntad de las partes, establecida en la literalidad del acuerdo, pues esta es la primera regla fijada en el artículo 1281 del Código civil:

La STS 18 de marzo de 1992, entiende que el documento privado con la expresión «Se comprometo a abonar», supone una asunción sin acceso al Registro, con la eficacia derivada del artículo 1257 del Código civil, y que no puede deducirse de esta literalidad que la entidad conociera el cambio ni mucho menos que lo consintiera.

La STS 210/1996 de 21 de marzo, recoge un supuesto donde esta voluntad manifestada en la literalidad es concluyente para resolver la cuestión: mediante documento privado reconocen que el sujeto implicado será la titular de negocio «asumiendo el activo y el pasivo generado por la explotación del

negocio y las obligaciones durante la misma respecto a terceros, proveedores y clientes», «asume igualmente la responsabilidad única, en la que a ambas partes concierne del crédito mencionado, obligándose al cumplimiento puntual de las obligaciones que del mismo resulten». En este caso se estaba valorando el posible incumplimiento del pacto, ya que se había despachado ejecución contra la actora llegándose a embargar bienes de su propiedad. En la misma sentencia se utiliza como argumento el artículo 1281 del Código civil para afirmar que la primera y principal regla interpretativa de la voluntad de las partes debe atender a la literalidad, y que si esta literalidad queda establecida de forma clara no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes.

La STS 953/2000 de 24 de octubre con la expresión «los compradores quedarán obligados al cumplimiento de todo lo estipulado en el presente contrato de forma solidaria con las personas a quienes cedieran su derecho, si otra cosa no se pactara por escritura entre las partes contratantes», fue decisivo para afirmar que se trata de una novación modificativa, que ha de calificarse como cumulativa.

De la misma manera, en la STS 1115/2001 de 29 de noviembre, la literalidad fue concluyente para estipular que solo había un mandato para el pago y no una asunción de deuda.

La STS 266/2007 de 9 de marzo, atiende igualmente a la literalidad; aparece la palabra «liberar» en el acuerdo. La causa y fundamento del otorgamiento de la asunción de deuda es la salida de la Sociedad Mercantil de A quien transmite sus acciones y cuotas de propiedad y determinadas fincas a favor de B más entrega de dinero. Se establece así una asunción de deudores de manera solidaria entre hermanos, para «liberar a A de su responsabilidad real y personal». Esta expresión fue decisiva a la hora de valorar la existencia o no de incumplimiento en cuanto que B había ido cumpliendo sus obligaciones hasta que deja de cumplir y proceden a la ejecución del patrimonio de A.

En la STS 181/2008 de 6 de marzo, se aprecia la expresión «se subroga» Construcciones... S.L. por A en la obligación de entregar a B los locales, apartamentos y garajes, para negar que haya liberación de A, pues entiende que «es perfectamente posible que la modificación convenida en una relación obligatoria se produzca de modo que se incorpore un deudor más que se compromete al pago sin liberar a los deudores primitivos, como asunción cumulativa o de refuerzo».

Por otro lado, en la STS 11/2008 de 16 de enero, la expresión «asumía cualquier carga y gravamen que pudiera afectar a la totalidad de la finca descrita, de la que es copropietaria y con pleno conocimiento de la calificación urbanística de la propia finca», entiende que este acuerdo no equivale a una asunción de deuda, pues esta cláusula no evidencia tal asunción, que debe hacerse de forma inequívoca, contundente y clara y que existen actos posteriores de las partes contrarios a ella. En relación también a la literalidad, la jurisprudencia reitera

en multitud de sentencias que la asunción de deuda requiere consentimiento expreso del acreedor y que este no debe presumirse, que debe dejarse constancia de forma clara y contundente del compromiso que se asume, y de la presunción de los menores efectos, a favor, por tanto, de una novación modificativa antes que extintiva, de una asunción acumulativa antes que liberatoria (*Vid.* SSTS 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003 de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTS 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998).

Pudiera ser que la asunción de deuda cumulativa tuviera efectos solo internos, si el acreedor no ha conocido o no ha consentido la misma. Se trata de un acuerdo que se realiza entre las partes, asumente y asumido, sobre el que nada ha tenido que ver el acreedor. Pero es importante valorar aquí también la voluntad de las partes, artículos 1281 y siguientes del Código civil. Si pese a la falta de consentimiento del acreedor las partes tuvieron intención de conseguir la liberación y no fue posible o el acuerdo nació más bien con la única finalidad de tener efectos internos. En el primer caso podemos hablar de la frustración por las partes de la finalidad perseguida con el acuerdo y en el segundo caso hablar de asunción interna de deuda propiamente. También resulta factible que, pese a la frustración inicial liberatoria, las partes a posteriori pretendan una asunción interna de cumplimiento⁴⁶.

La STS de 7 de noviembre de 1986, habla de asunción de deuda impropia, para referirse a lo que hemos denominado como asunción interna de deuda, donde no ha intervenido el acreedor, ni parece que las partes hayan tenido intención de que esta intervención se diera. Se trata de un contrato de compraventa con pago del precio mediante la asunción de deudas del vendedor. Aclara la sentencia que se trata de un compromiso bilateral y no trilateral. Estima el tribunal que no es técnicamente correcto pretender la aplicación del artículo 1205 del Código civil, que precisa operación negocial trilateral, sino que se está ante una compraventa con una singular forma de pago, establecida al amparo del artículo 1255 del Código civil, que solo vincula a las partes y de cuyo resultado solo aparecerán obligaciones entre ellas.

Por otro lado, la STS 266/2007 de 9 de marzo, también parece referirse a una asunción interna cuando uno de los hermanos «libera al otro» a cambio de la cesión de bienes inmuebles y derechos comunes a las dos partes. Se plantea el Tribunal la cuestión del incumplimiento del acuerdo, puesto que en modo alguno aparece que las partes hayan planteado la liberación, asume la deuda B a cambio de la cesión de acciones y cuotas de propiedad de determinadas fincas, pero con efectos exclusivamente internos conforme a la finalidad del pacto. Estamos por tanto también ante una asunción interna. Los hermanos, a efectos de deuda, siguen siendo deudores solidarios, por ello se ha procedido a la ejecución del patrimonio particular de A por el incumplimiento de las

obligaciones de B. Esta asunción de deuda interna trae como causa la cesión de bienes y derechos comunes.

IV. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA Y ASUNCIÓN INTERNA DE DEUDA: EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL ASUMENTE

Siendo el supuesto estudiado un claro ejemplo de asunción de deuda consistente en la cesión de bienes o derechos a cambio del pago de cuantías debidas, nos centraremos ahora en delimitar los efectos del pacto y su incumplimiento en función de su calificación como asunción liberatoria o asunción interna. Descartamos la asunción cumulativa consentida por el acreedor porque ya son los excónyuges deudores solidarios antes de la asunción.

En la asunción liberatoria existe un acuerdo bilateral que nace con el firme propósito de que sea aceptado por el acreedor.

Las obligaciones contraídas por las partes serán las recíprocas de transmitir los derechos o bienes en cuestión y la del pago de la deuda. Todo ello constituido desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, artículo 1255 del Código civil, pudiendo obligarse de la forma y con el contenido que ellos mismos hayan estimado, con los plazos o condiciones que consideren.

Resulta oportuno, en estos casos, supeditar la transmisión de bienes o derechos al momento de la ratificación del acreedor si el consentimiento de este aún no se ha producido, o bien de manera suspensiva o bien de manera resolutoria, pues de lo contrario el deudor asumido ve cómo transmite el bien sin tener la seguridad de conseguir la liberación.

El deudor que asume está obligado a realizar todas las actuaciones necesarias para conseguir la liberación del deudor asumido y a no obstaculizar el proceso de liberación, colaborando en todo lo posible para que la ratificación se consiga, de lo contrario se le puede obligar a que lo haga (art. 1098 CC).

Una vez conseguida la liberación, resulta solo él obligado al cumplimiento de la deuda. Por ello, los supuestos de incumplimiento se dilucidarán ya desde el punto de vista del nuevo sujeto obligado con el acreedor.

Los problemas planteados en relación al posible incumplimiento de la asunción de deuda por parte del que asume la misma, presentan su mayor complejidad cuando la liberación no se consigue.

Si la finalidad de la asunción queda claramente establecida en obtener la salida de uno de los deudores, si las partes elevan a la categoría de causa, motivo impulsivo determinante, la consecución de la ratificación y esta no se alcanza, podría ser planteada la resolución contractual sin necesidad de proponer cuestiones relacionadas con el incumplimiento, la gravedad del incumplimiento o la culpabilidad de la otra parte. Estos supuestos han sido resueltos como casos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación, ya que la jurisprudencia

y doctrina han entendido que el artículo 1124 del Código civil resulta también aplicable a estos casos⁴⁷. El acreedor podrá dar por resuelta la obligación si el deudor no puede cumplir por caso fortuito o fuerza mayor⁴⁸, entendiendo que la actuación del acreedor entraña un supuesto que sale totalmente fuera de la órbita de control de su actuación, si notificada la asunción al acreedor este decide no aceptarla por cuestiones normalmente relacionadas con la solvencia del nuevo deudor. Ante la laguna legal del artículo 1182 del Código civil, la jurisprudencia opta por aplicar la figura de la resolución contractual al caso de imposibilidad sobrevenida, admitiendo el carácter no sancionador de la resolución⁴⁹. Si el contrato ha de resolverse debido a un acontecimiento que ha provocado la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones, la Doctrina entiende que no hay que acudir en absoluto a la causa del contrato y a una eventual ineficacia funcional ocasionada por ella, que no tiene apoyo ni textual ni sistemáticamente en precepto alguno de nuestro Código civil, máxime cuando ello puede hacerse perfectamente con base en la letra del artículo 1124 del Código civil, que entienden acoge tanto la acción de resolución por incumplimiento en sentido estricto, como la acción de resolución por imposibilidad sobrevenida⁵⁰.

También debemos tener en cuenta, como argumento a favor de esta manifestación, que la jurisprudencia española acepta en sus últimas sentencias la subsidiariedad del remedio resolutorio, excepcional, por el principio de conservación del contrato, pero la admite cuando la parte que la alega tiene un interés jurídicamente atendible, identificable con el motivo para resolver del artículo 8.2 CESL (Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea)⁵¹. Se trata de la introducción de criterios más flexibles para determinar cuando se produce un supuesto de frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando (...) que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte⁵². Se trata de un incumplimiento esencial si se priva a la parte contraria de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, conforme a los principios UNIDROIT, recogido también en el artículo 8:101 (1) PECL (Principios de Derecho Contractual Europeo)⁵³, interpretación por tanto en sintonía con el Derecho europeo.

Del mismo modo, se acepta también la teoría de la continua influencia de la causa, causa subjetiva común a los contratantes, causa como elemento continuador, más allá de la objetiva, identificada con la función económica y social del contrato; se concreta en lo realmente querido por las dos partes al contratar. Pero no estamos ante un supuesto de falta de causa, puesto que al momento de contratar la causa existe aunque deviene en imposible después⁵⁴.

Estos casos también han sido tratados como supuestos denominados de error común en la causa o error sobre la falsedad de la causa, diferente a la causa falsa, que acarrea la anulabilidad del contrato⁵⁵. No todo el contenido verdaderamente querido por los contratantes es causa, sino solo aquella parte de él que constituye el objeto pretendido por los contratantes⁵⁶.

No podemos hablar de nulidad absoluta del contrato sino de anulabilidad, puesto que no se identifica totalmente con la falta de elementos esenciales del contrato, sino que se trata de una ineficacia que se asienta sobre intereses exclusivamente privados, función encomendada a la figura de la anulabilidad contractual.

Si esta interpretación (imposibilidad sobrevenida o error en la causa) nos lleva a la idea de poder alegar la resolución del contrato o su falta de eficacia por anulabilidad, respectivamente, cuando la ratificación del acreedor, conforme a lo realmente querido por las partes fue determinante al contratar, si las anomalías del pacto tienen que ver con una validez provisional cuyo único interesado en hacerla valer es el deudor asumido..., en el mismo sentido y siendo coherentes con nuestra postura debemos defender dos ideas:

— En primer lugar, que esta imposibilidad debe ser algo definitivo no temporal para que haya frustración o para que podamos aplicar el artículo 1182 del Código civil y con él el artículo 1124 del Código civil, artículos 1265 y 1266 del Código civil.

— Que esta ineficacia pueda ser subsanada o convalidada, es decir, entendemos que siendo la frustración definitiva por falta de ratificación del acreedor, si el deudor asumido no ataca por imposibilidad o por anulabilidad los efectos del contrato en un plazo de caducidad de 4 años, podemos interpretar que está interesado en la eficacia del pacto pese a no haber obtenido la liberación. Actos posteriores de confirmación expresa o tácita por hechos concluyentes, pueden hacernos pensar que esta asunción liberatoria se ha convalidado, deviniendo en su menor efecto, esto es, en una asunción interna acumulativa.

Cuando la asunción es interna, el efecto traslativo en virtud de la cesión de bienes o derechos se produce, mientras que la obligación de pago de la deuda derivada de la asunción puede tener un plazo de cumplimiento de considerable extensión, por ejemplo, de 15, 20 o 30 años en supuestos de deudas hipotecarias. El acuerdo se convierte en un pacto de mucho mayor riesgo para el asumido, ya que el acreedor puede atacar su patrimonio particular ante una situación de incumplimiento de pago del asumente. Por ello, mucho más conveniente resulta en este caso someter el acuerdo a un plazo de validez, condicionarlo mediante pacto resolutorio y fijar garantías para su cumplimiento.

En la sentencia STS 266/2007 de 9 de marzo antes citada, los hermanos habían condicionado el cumplimiento de la obligación de pago a un plazo.

El tribunal declaró la resolución del contrato de asunción de deuda por incumplimiento grave del que asume. En este caso en el contrato se había establecido un plazo para la liberación de 5 años mediante el pago total de los importes pendientes por diferentes garantías hipotecarias. Aunque en los diferentes procesos de ejecución el asumente había estado dispuesto a pagar ciertos

importes parciales, se demostró una actividad pasiva y de incumplimiento muy prolongada que había llevado a la apertura de diferentes procesos judiciales frente a los que estaba el otro deudor asumido. Se atendió a la interpretación literal del contrato y a la voluntad de las partes, ya que aparecía expresamente el compromiso de liberar de toda responsabilidad real y personal al hermano a cambio de las atribuciones patrimoniales.

V. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DERIVADOS DE LA INEFICACIA O RESOLUCIÓN DEL ACUERDO DE ASUNCIÓN

Planteada la resolución del contrato o la ineficacia del mismo, según los casos, habría que delimitar los efectos restitutorios que conlleva esta declaración, sin olvidar que en la asunción de deuda liberatoria hemos planteado dos posibilidades para desvincular a las partes del contrato (resolución o ineficacia), mientras que en la asunción interna una sola posibilidad por la vía de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil.

La anulabilidad del contrato implica los efectos restitutorios establecidos en los artículos 1303 y siguientes del Código civil. Pero la aplicación de los efectos restitutorios de la resolución contractual ha sido muy estudiada y cuestionada, puesto que el artículo 1124 del Código civil nada dice sobre ello.

El principal fundamento de los efectos restitutorios en la resolución es evitar el enriquecimiento injusto. Si el Código civil guarda silencio al respecto resultarán aplicables las normas de la condición resolutoria expresa y analógicamente los artículos 1303 y siguientes del Código civil, ya que se entiende procedente para cualquier ineficacia contractual⁵⁷.

Pero parte de la Doctrina señala las diferencias existentes entre los efectos restitutorios de una y otra figura, pese a la pretendida aplicación analógica de los mismos. De esta manera, entendemos que es un error confundirlos, que no es directa ni analógicamente aplicable el artículo 1303 del Código civil a los deberes recíprocos de restitución derivados de la resolución por incumplimiento contractual, puesto que no hay identidad sustancial entre la nulidad/rescisión y la resolución (PANTALEÓN PRIETO, 1989, 1154)⁵⁸. Es importante también matizar la diferencia entre el efecto restitutorio y el efecto de resarcimiento, pues deben ser considerados cosas distintas.

Se discute también si la restitución es o no retroactiva y si esa retroactividad es real u obligacional. La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la retroactividad en multitud de sentencias⁵⁹, citando también al Profesor De Castro que hablaba de efecto retroactivo obligacional y no real derivado de la resolución. Deben ser retornadas las cosas al momento anterior en su estado económico, mediante una retroactividad obligacional según también entienden la mayoría de las sentencias, aunque otras parecen decantarse por unos efectos

restitutorios de carácter real. Dependiendo de ello podremos defender que la restitución supondría la readquisición automática de la cosa por el vendedor tras la resolución o solo hace nacer la obligación de realizar el efecto traslativo posteriormente, obligación por tanto de retransmisión.

En contratos de trato sucesivo se hace muy difícil volver a la situación anterior. Por ello, hablamos de efecto *ex nunc* en relación a los efectos restitutorios de la resolución (DÍEZ PICAZO, 2008, 871)⁶⁰.

A todos los problemas relacionados con la retroactividad del efecto restitutorio en la resolución se añade la complejidad de la restitución de la propiedad de la cosa y el régimen de beneficios o provechos obtenidos durante el tiempo que ha permanecido en manos del restituyente: frutos, intereses, régimen de gastos, mejoras, el problema de quién debe soportar la pérdida o deterioro del bien restituido...⁶¹. La complejidad respecto al alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas también ha sido expuesta por la doctrina (PANTALEÓN PRIETO, 1989, 1154)⁶².

Cuando la asunción de deuda es liberatoria, los efectos restitutorios pueden resultar menos complejos, máxime si esta liberación ha sido establecida como condición suspensiva, pues no conllevaría el efecto traslativo hasta la ratificación del acreedor. Si finalmente no consiente el acreedor, la cuestión puede ser solventada de la misma manera que los efectos restitutorios en las obligaciones de trato sucesivo, esto es, considerando que ninguno de los dos estará obligado a cumplir. El deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos a menos que pueda inferirse que fue otra su voluntad cuando se constituyó la obligación (art. 1120 CC).

Si se ha establecido una asunción liberatoria con condición resolutoria y el consentimiento del acreedor no se da, los efectos restitutorios y la complejidad de los mismos estarán muy relacionados con el tiempo transcurrido entre la notificación al acreedor y la efectiva manifestación en contra de este, o la no contestación en plazo que supondría denegación tácita, pues podría tratarse de un plazo relativamente leve.

Si la restitución conlleva efectos retroactivos reales se produciría la adquisición automática de la propiedad o de los bienes o derechos cedidos; si partimos de una restitución con retroactividad obligacional, el restituyente estará obligado a realizar esta transmisión con posterioridad.

Conforme al artículo 1123 del Código civil y respecto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa, este precepto remite al artículo 1122 del Código civil. Por ello consideramos que los supuestos de pérdida se dilucidan desde la óptica de la culpa o no culpa del deudor, si hay culpa en el deudor deberá ser soportada la pérdida por este y en caso de no culpa del deudor la pérdida la soportará el acreedor. Las mejoras ceden a favor del acreedor si son como consecuencia del tiempo, pero si se realizan a costa del deudor tendrá el derecho que se atribuye al usufructuario de retirarlas si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes;

remite este artículo 1123 al 1120 del Código civil entendemos respecto a los frutos, siguiendo la misma idea expuesta con anterioridad. En cualquier caso, esta restitución no puede suponer enriquecimiento injusto para una de las partes.

Sin embargo, no debemos olvidar la remisión del artículo 1124 del Código civil al artículo 1295 que menciona la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, argumento que sirve para defender la aplicación analógica del artículo 1303 del Código civil a los supuestos de resolución por incumplimiento.

Conforme al artículo 1303 del Código civil relativo a los frutos en la restitución, este precepto no especifica si los frutos percibidos o debidos percibir, por lo que habrá que estar a la buena o mala fe que haya presidido la posesión⁶³. Entendiendo buena fe el desconocimiento de la invalidez del contrato, haciendo suyo por tanto los frutos percibidos, que nada habrá de abonar en este concepto, mientras que si hay mala fe habrá de abonar los percibidos y debidos percibir.

Los PECL artículo 9:307 determina la restitución íntegra retroactiva para supuestos de obligaciones pecuniarias, pero no en el caso de otras prestaciones, con el límite del coste excesivo de la ejecución y en ningún caso quedan afectados derechos de terceros sobre la cosa. Resulta admitida la restitución por equivalente, sin embargo conscientes del efecto retroactivo limitan por tanto sus efectos⁶⁴.

La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone también un efecto retroactivo (*Vid.* arts. 518-17 y sigs.)⁶⁵. Atiende a la culpa o falta de diligencia en la restitución por equivalente de supuestos de pérdida de la cosa debida y habla del abono de los gastos necesarios y no de los demás, pero carece de norma que exima de la restitución cuando su coste es irrazonable, ni previsión de supuesto de deterioro de la cosa⁶⁶.

Entendemos que la complejidad de la restitución de la cosa, bienes o derechos, puede ser menor en función del tiempo de cumplimiento, en cuanto que la cosa ha podido sufrir menos transformaciones derivadas de la cesión, partiendo de que el cumplimiento del pacto o condición resolutoria supone automática desvinculación de las partes con efecto retroactivo.

Cuando estamos ante una asunción interna de deuda todo lo argumentado cambia hacia una mayor producción de consecuencias. Podemos hablar de una mayor diversidad de los efectos restitutorios, no solo porque el tiempo de cumplimiento puede ser dilatado y con ello el incumplimiento y su posible alegación, sino también porque la cosa ha podido sufrir multitud de cambios.

La vía exclusiva para hacer valer la desvinculación de obligaciones y con ella la restitución es solo la del artículo 1124 del Código civil, y no ya la de la ineficacia del contrato y restitución *ex* artículo 1303 y sigs. del Código civil. Aunque la aplicación de los efectos restitutorios resulte similar a lo expresado con anterioridad, no podemos afirmar que sean del todo identificables. Por ello

resulta importante añadir aquí a los efectos restitutorios, los efectos resarcitorios del incumplimiento, siendo ello una cuestión totalmente casuística.

En cualquier caso, los efectos restitutorios de la resolución deben conjugarse bien con la restitución, pero a nuestro entender, van a permitir incluso la reclamación por lucro cesante, siendo indemnizables en cuanto existan y hayan sido probados.

La conjugación de los dos efectos resulta tremendamente compleja pues puede causar inconvenientes como la pérdida de la indemnización de expectativas si el contrato se entendiese como no realizado, o la materialización concreta de otros daños en cuanto que la restitución los ha hecho aparecer. También consecuencias al incumplimiento si fueron dispuestas para sustituir con su aplicación los daños y perjuicios derivados del mismo; debería valorarse por tanto si desaparecen estas consecuencias pactadas.

Este tema presenta tanta complejidad que debería ser estudiado de manera independiente, saliendo ya totalmente del estudio de artículo, por su especial relevancia y mención.

CONCLUSIONES

I. La figura jurídica de la asunción de deuda plantea numerosos problemas en la práctica por lo que se hace totalmente imprescindible una regulación al respecto.

II. Resultaría muy conveniente a nivel legal que el consentimiento del acreedor en la asunción de deuda esté sometido a un plazo, con disposición expresa sobre la obligación de notificación del acuerdo de asunción.

III. Es determinante la voluntad de las partes en la realización del acuerdo, y esencial por ello en estos casos fijar con claridad dicha voluntad, para ver si pretenden una asunción liberatoria o solo pactan una asunción interna de deuda.

IV. La asunción de deuda liberatoria normalmente pretende elevar la consecución de la ratificación del acreedor a motivo determinante del acuerdo, de tal manera que si no se consigue podemos hablar de ineficacia o resolución del mismo, según el caso.

V. La asunción de deuda liberatoria puede devenir en asunción interna vía convalidación de las partes si el consentimiento del acreedor no se consigue y no se ataca su falta de validez por frustración de la finalidad perseguida.

VI. La asunción interna de deuda plantea muchos más problemas relacionados con su incumplimiento. Por ello se hace muy conveniente que se condicione la validez del pacto, se establezca un plazo de cumplimiento y se añadan garantías. De lo contrario, la asunción interna de deuda puede ser un acuerdo de enorme riesgo para el deudor asumido.

VII. Debemos también tener en cuenta que puede resultar extremadamente difícil la aplicación de los efectos restitutorios derivados de la falta de eficacia de la validez del acuerdo de asunción. Mucho más complejos resultarán los efectos restitutorios aplicables a la resolución por incumplimiento en situaciones de asunción interna de deuda incumplida, merecedores de una respuesta totalmente casuística.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 11 de diciembre de 1979, (*RJ* 1979, 4359), Excmo. Sr. Jaime DE CASTRO GARCÍA
- STS de 8 de octubre de 1984, (*RJ* 1984, 4765), Excmo. Sr. Jaime DE CASTRO GARCÍA
- STS de 7 de noviembre de 1986, (*RJ* 1996, 6217), Excmo. Sr. Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE
- STS de 1 de diciembre 1989, (*RJ* 1989, 8786), Ponente Excmo. Sr. Ramón LÓPEZ VILAS
- STS de 15 de diciembre de 1989, (*RJ* 1989, 8832), Excmo. Sr. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES
- STS de 14 de noviembre de 1990, (*RJ* 1990, 8710), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS de 6 de junio de 1991, (*RJ* 1991, 4421), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS de 27 de junio de 1991, (*RJ* 1991, 4631), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS de 18 de marzo de 1992, (*RJ* 1992, 2208), Excmo. Sr. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE
- STS número 1172/1992 de 23 de diciembre, (*RJ* 1992, 10687), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS número 1051/1995 de 20 de febrero, (*RJ* 1995, 887), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS número 210/1996 de 21 de marzo, (*RJ* 1996, 2234), Excmo. Sr. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ
- STS número 1106/1998 de 30 de noviembre, (*RJ* 1998, 9327), Excmo. Sr. José ALMAGRO NOSETE
- STS número 1133/1998 de 9 de diciembre, (*RJ* 1998, 9881), Excmo. Sr. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO
- STS número 953/2000 de 24 de octubre, (*RJ* 2000, 9587), Excmo. Sr. Antonio ROMERO LORENZO
- STS número 813/2001 de 30 de julio, (*RJ* 2001, 6631), Excmo. Sr. Antonio ROMERO LORENZO

- STS número 1115/2001 de 29 de noviembre, (RJ 2001, 9531), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 255/2002 de 21 de marzo, (RJ 2002, 2527), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 1239/2003 de 22 de diciembre (RJ 2003, 8902), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS número 72/2005 de 14 de febrero, (RJ 2005, 1671), Excmo. Sr. Francisco MARÍN CASTÁN
- STS número 266/2007 de 9 de marzo, (RJ 2007, 1820), Excmo. Sr. Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES
- STS número 783/2007 de 28 de junio, (RJ 2007, 3786), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 11/2008, de 16 de enero, (RJ 2008, 6), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 181/2008 de 6 de marzo, (RJ 2008, 4038), Excmo. Sr. Vicente Luis MONTES PENADES
- STS número 556/2009 de 15 de julio, (RJ 2009, 4472), Excma. Sra. Encarnación ROCA TRÍAS
- STS número 664/2014 de 19 de noviembre, (RJ 2014, 5723), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 36/2015 de 30 de enero, (RJ 2015, 317), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052), Excmo. Sr. Rafael SARAZA JIMENA

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, M.A. (1996). *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares.
- ÁLVAREZ JOVEN, A. (1983). El aspecto contractual de la asunción de deuda, en *Anuario de la facultad de Derecho*, número 2, 1983, 289-326, colgado en DIALNET. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=813980>.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2000). El contrato de asunción de deuda, *ADC*, I, 83-160.
- BATUECAS CALETRO, A. (2007). La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 71-91.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (2003). *La asunción de deuda*, Sevilla, J.M. Bosch Editor.
- CASADO CASADO, B. (2013). Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación a la extinción de la pensión compensatoria, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 58, 83-104.

- CASTILLA BAREA, M. (2007). Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, en *CCJC* septiembre-diciembre, núm. 75, 1127-1153.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (1999). *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Navarra, Aranzadi.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998). *La causa del contrato*, Bolonia, Real Colegio de España.
- (1986). Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1985, en *CCJC*, núm. 10, enero-marzo, 3387-3394.
- (1983). Comentario a la STS de 7 de febrero de 1983, en *CCJC*, núm. 1, enero-marzo, 185-192.
- CLEMENTE MEORO, M. (1992). *Resolución de contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- DE LOS MOZOS, J.L. (2002). La regulación del contrato y el problema de la causa, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 203-220.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., SERRANO GÓMEZ, E., RAMS ALBESA, J., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., (2009). *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007-2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I y Tomo II, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-VILLACENCIO ÁLVAREZ OSSORIO, M.C. (2016). Comentario al artículo 118 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dirigidos por Domínguez Luelmo, Madrid, Aranzadi, 1120 y sigs.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2007). *La asunción de deuda en el Derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Valencia, Tiran lo Blanch.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2001). *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- GARCÍA DE MARINA ALLOZA, M. (1993). *La novación: modificación y extinción de obligaciones*, Barcelona, Serlipost Ediciones Jurídicas.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2007). La causa del contrato, en *Aranzadi Civil*, Vol. III, 2649-2672.
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). Hipoteca y asunción de deuda, *Revista La Ley*, 1995-2, 779-787.
- MONFORT FERRERO, M.J. (1999). *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MORATILLA GALÁN, I. (2004). Asunción de deuda. Consentimiento del acreedor, en *RCDI*, número 686, sentencia del TS de 3 de marzo de 2002, 2926.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2012). Responsabilidad personal y real. Cuestiones sobre el artículo 118 LH y los pactos de retención y descuento del precio en la transmisión de finca hipotecada, en *Revista de Derecho Uned*, número 10, 423-443.
- MUÑOZ ESPADA, E. (2011). *Revisión crítica de la figura de la novación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). Resolución por incumplimiento e indemnización, en *ADC*, número 4, 1143-1168.
- PÉREZ MARTÍN A.J. (2009). *Tratado de Derecho de Familia, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Madrid, Lex Nova.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Comentario a los artículos 1203, 1204, 1205, 1209, 1211 del Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen III, Orduña Moreno,

- Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Valpuesta Fernández (coord.), Madrid, Civitas, segunda edición, 495 y sigs.
- PINTO ANDRADE, C. (2012). *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Bosch.
- PUIG FERROL, L. (1996). Asunción de deudas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (Derecho de Obligaciones) VIII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial.
- REY PORTOLÉS, J.M. (1995). La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 117 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza en el Código civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1980). Comentario a los artículos 1203 y siguientes, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, Madrid, Edersa.
- (1991). Comentario al artículo 1208, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G. (1987). Construcción jurídica de la asunción de deuda en Derecho español, *La Ley*, 1987-4, 1089-1116.
- Vaquero Pinto, M.J. (2013). Comentario a los artículos 1203-1213 del Código civil, en *Comentarios al Código civil Tomo VI*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Aranzadi, 8894 y sigs.
- Vaquero Aloy, A. (2015). La resolución del contrato, en AA.VV., *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier, 621 y sigs.
- AA.VV. (2015). *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier.

NOTAS

¹ Planteamos este caso, pero aclaramos que esta problemática también podría darse en acuerdos transaccionales entre los esposos recogidos en convenio regulador, sin que necesariamente se haya liquidado el régimen de gananciales.

² REY PORTOLÉS, J.M., (1995) La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 120, determina que estos pactos están «bajo el heterocontrol del acreedor hipotecario».

³ GÁLVEZ CRIADO, A., (2007) *La asunción de deuda en el Derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 49.

⁴ BATUECAS CALETRIO, A., (2007) La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril, 78 y 87, citando STS de 21 de mayo de 1997.

⁵ Vid. entre otros, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., (2003) *La asunción de deuda*, Sevilla, J.M. Bosch Editor, 17 y sigs

⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, (2008), Tomo II, Madrid, Civitas, 1033: «El hecho de que esta sustitución se califique o no como “novación” y

que se discuta si tal novación es extintiva o modificativa, no tiene por sí una trascendencia especial, como, en cambio, la tiene, el decidir su alcance y efectos, que es seguramente el centro de la cuestión».

⁷ MUNIZ ESPADA, E., (2011) *Revisión crítica de la figura de la novación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 212 y sigs.

⁸ Idea esta no discutida, afirmada por toda la doctrina y jurisprudencia, y con base normativa en el artículo 1205 del Código civil. La STS 664/2014 de 19 de noviembre, afirma que la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra respecto de la misma relación obligatoria sin extinción de esta, citando al mismo tiempo la STS de 21 de mayo de 1997; figura no recogida por el Código civil, pero admitida por la jurisprudencia y la práctica en la realidad social, (citando las SSTs de 29 de noviembre de 2001, 21 de marzo de 2002, 29 de abril de 2005, 21 de mayo de 2007, 13 de febrero de 2009). La STS 590/2015 de 5 de noviembre, entiende que sin consentimiento del acreedor la asunción de deuda es cumulativa o de refuerzo y que para que sea liberatoria se necesita el consentimiento del acreedor, citando otras muchas como la SSTs 990/1996, de 25 de noviembre, 433/1997, de 20 de mayo, 552/2003, de 10 de junio, 72/2005, de 14 de febrero, 280/2005 de 29 de abril y 841/2010, de 20 de diciembre.

⁹ *Vid.* posteriores apartados: «III. Interpretación de la voluntad de las partes: asunción interna, acumulativa o liberatoria, su identificación desde una perspectiva jurisprudencial», «IV. Asunción de deuda liberatoria y asunción interna de deuda: eficacia e incumplimiento del asumente».

¹⁰ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.*, 86. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 73, afirma que la asunción interna de deuda es aquella que no ha sido notificada al acreedor de modo que solo genera efectos entre los deudores.

¹¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 62. *Vid.* también MUÑIZ ESPADA, E., *ob. cit.*, 222 citando la STS de 1 de diciembre de 1989 y al Profesor Ragel Sánchez, donde se afirma que la asunción de deuda no es solo liberatoria o cumulativa sino que puede ser transitoria o definitivamente liberatoria o cumulativa, puede ser compleja o simple.

¹² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 51, BATUECAS CALETRO, A., *ob. cit.*, 75, habla de negocio jurídico atípico, GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 85, la califica de contrato. PUIG FERROL, L., (1996), Asunción de deudas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (Derecho de Obligaciones) VIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 323.

¹³ ÁLVAREZ JOVEN, A., (1983) El aspecto contractual de la asunción de deuda, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 2, 299.

¹⁴ MUÑIZ ESPADA, E., *ob. cit.* 212 y sigs.

¹⁵ *Vid.* Propuesta de Código civil, Libros V y VI, Asociación Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2016, alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

¹⁶ *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁷ CASADO CASADO, B., (2013) Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación a la extinción de la pensión compensatoria, en *Revista de Derecho de Familia*, Número 58, 87: «De hecho, en la práctica no son rechazadas las propuestas de convenio regulador por apreciar esta situación perjudicial para uno de los cónyuges, aunque pudiera darse el grave perjuicio. Digamos que la práctica judicial favorece aún más esta libertad de autorregulación».

¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., SERRANO GÓMEZ, E., RAMS ALBESA, J., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., (2009) *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson. PINTO ANDRADE, C., (2012) *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Bosch. PÉREZ MARTÍN A. J., (2009) *Tratado de Derecho de Familia, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Madrid, Lex Nova.

¹⁹ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 103.

²⁰ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 65, citando la STS de 12 de abril de 1945 «En todo caso, con la deuda hay que interpretar lo menos; es decir, que hay asunción de pago antes que asunción de deuda, sobre todo cuando no consta el consentimiento del acreedor al cambio de deudores». PERTIÑEZ VILCHEZ, F., (2016) Comentario a los artículos 1203, 1204, 1205, 1209, 1211 del Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen III, Orduña Moreno, Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Valpuesta Fernández (coord.), Madrid, Civitas, segunda edición, 499, así lo recoge referido a la novación y al artículo 1204 Código civil, citando sentencias como la de STS de 30 de diciembre de 1935, 27 de noviembre de 1999, 24 de octubre de 2000, 1 de julio de 2009. *Vid.* SSTS 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003, de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTS 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998.

²¹ MORETÓN SANZ, M.F., (2012) Responsabilidad personal y real. Cuestiones sobre el artículo 118 Ley Hipotecaria y los pactos de retención y descuento del precio en la transmisión de finca hipotecada, en *Revista de Derecho Uned*, número 10, 436, habla de la promiscuidad con la que el legislador y la doctrina hipotecaria usan el término de subrogación. En el artículo 118 Ley Hipotecaria se denomina subrogación en la obligación garantizada con la hipoteca al efecto producido por la asunción de deuda pactada entre el adquirente y el enajenante y sin embargo, pese al empleo de la palabra «subrogación» estamos lejos en el plano jurídico del régimen de la subrogación por pago. CASTILLO MARTÍNEZ, C., *ob. cit.*, 262, habla del término de subrogación como sinónimo de sustituir, o modificar, con subsistencia por tanto del vínculo y sin extinción. GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.*, 331, respecto a la asunción de deuda hipotecaria habla de subrogación como sinónimo de liberación.

²² MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 436.

²³ *Vid.*, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C., *ob. cit.*, 254.

²⁴ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.*, 84.

²⁵ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.*, 87.

²⁶ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* En 94 y citando SSTS como la de 29 de diciembre de 1919 o la de 8 de junio de 1929 afirma que la realidad de este consentimiento del acreedor no puede deducirse sino de hechos que claramente lo revelen. 99, afirma que la reclamación de pago al comprador no es consentimiento liberatorio sino solo aceptación acumulativa. «La reclamación de deuda dirigida solo contra el asumente no implica consentimiento liberatorio del deudor antiguo sino como manifestación de voluntad de aceptar el nuevo asumente».

²⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado establece en resolución de 1 de marzo de 2017 que según reiterada doctrina de la DGRN el convenio matrimonial puede ser título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial en los negocios que puedan tener carácter familiar, como la liquidación del patrimonio ganancial, o la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios; en general, por lo tanto, para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales existentes entre los cónyuges.

Fuera de estos casos de convenio regulador, para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se sigue el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

Poniendo en relación el artículo 788 LEC que indica que «1. Aprobadas definitivamente las particiones, el secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación. 2. Luego que sean protocolizadas, el secretario judicial dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos», con lo que señala el artículo 782 LEC, que determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, pero ordenando protocolizarlas, llega a la conclusión de que es necesaria la protocolización notarial del documento.

Texto publicado en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12040-el-acuerdo-homologado-de-liquidacion-de-gananciales-requiere-protocolizacion-notarial-para-inscribirlo-en-el-registro-de-la-propiedad/> Información recuperada a fecha de 4 de diciembre de 2018.

²⁸ MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 435. *Vid.* también, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., (1987), Construcción jurídica de la asunción de deuda en Derecho español, *La Ley*, Madrid, 1987-4, 1106.

²⁹ ÁLVAREZ JOVEN, A., *ob. cit.*, 304.

³⁰ *Vid.* Propuesta de Código civil, Libros V y VI, Asociación Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2016, alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>, 114 y sigs

³¹ ADAME MARTÍNEZ, M.A. (1996) *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares, 55-69, en el sentido de afirmar que la idea consistente en la transmisión de la deuda sin el consentimiento del acreedor derivada del acuerdo entre deudor antiguo y adquirente o nuevo deudor, no ha prosperado en ningún ordenamiento jurídico.

³² PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 333, «Como se ha indicado, la asunción independiente de deuda es ineficaz como tal si el acreedor no manifiesta su consentimiento a la modificación de la parte pasiva de la relación obligatoria, pero el acuerdo entre el primitivo y el nuevo deudor que asume la obligación existe. En esta tesitura no se puede hablar de asunción de deuda, sino de una relación obligatoria que únicamente produce efectos entre ambos deudores» citando STS de 26 de abril de 1993 y STSJC de 7 de febrero de 1991.

³³ Según la RAE, consentir significa conformidad con el contenido que expresan las partes y manifestación de voluntad expresa o tácita por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Ratificar es aprobar o confirmar palabras o escritos dándolos por verdaderos y ciertos. DÍEZ-PICAZO, L., (2007/2008).

Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I y Tomo II, Madrid, Civitas. El valor conferido al consentimiento del acreedor es el de una ratificación, citando a DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, BATUECAS CALETRO, A., *ob. cit.* 92.

³⁴ Artículo 1205 del Código civil: «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en el lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este pero no sin el consentimiento del acreedor». MERINO GUTIÉRREZ, A., (1995) Hipoteca y asunción de deuda, *Revista La Ley*, 1995-2, 785, menciona que el interés que tutela este artículo 1205 Código civil es el del acreedor, el interés que pueda tener o no en el cambio, y no se tutela la justicia o la injusticia de la situación ni el equilibrio económico entre el antiguo y el nuevo deudor.

³⁵ Recogida en MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 438.

³⁶ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 94 y citando SSTs como la de 29 de diciembre de 1919 o la de 8 de junio de 1929, afirma que la realidad de este consentimiento del acreedor no puede deducirse sino de hechos que claramente lo revelen, 99, entiende que la reclamación de pago al comprador no es consentimiento liberatorio sino solo aceptación acumulativa. «La reclamación de deuda dirigida solo contra el asumente no implica consentimiento liberatorio del deudor antiguo sino como manifestación de voluntad de aceptar el nuevo asumente». (*Vid.* SSTs 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003, de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTs 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998). *Vid.* también STS 590/2015, de 5 de noviembre, la acción contra el deudor sustituto implica conocimiento pero no consentimiento del acreedor; no puede ser entendido ello como actos concluyentes que puedan hacer pensar que este consentimiento se ha prestado.

³⁷ STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., *ob. cit.*, 1103.

³⁸ *Vid.*, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., *ob. cit.*, 1107, recogiendo sentencias como la de SSTs 10 de junio de 1943, 20 de diciembre de 1956, 3 de mayo de 1958, 6 de marzo de 1973, 7 de junio de 1982 y 26 de noviembre de 1982. *Vid.* STS 556/2009 de 15 de julio, no necesita para la plena eficacia el consentimiento del acreedor que no cabe que sea de forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida, no siendo preciso que sea coincidente con el acto asuntivo, ya que puede ser posteriori.

³⁹ Artículo 514-11. 4.

⁴⁰ Artículo 514-11. De la asunción de deuda. 1. La asunción de deuda por un tercero puede producirse por acuerdo entre este y el acreedor, sin consentimiento ni conocimiento

del deudor. 2. Cuando el tercero se obliga frente al acreedor a cumplir una deuda ajena en todo o en parte sin que tenga lugar la liberación del deudor originario se aplican, en lo pertinente, las normas del contrato de fianza. 3. La asunción de deuda acordada entre el deudor y un tercero exige la aceptación expresa del acreedor. 4. Antes de la aceptación el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción de deuda, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación. 5. El acuerdo de asunción de deuda que no ha sido aceptado por el acreedor vincula al tercero con el deudor al pago de la deuda asumida, salvo que las partes pacten otra cosa. Alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

⁴¹ PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 346 y 347. «(...) un consentimiento extemporáneo por parte del acreedor no podrá determinar el nacimiento a la vida de derecho del contrato de asunción de deuda, a menos que preste su asentimiento a esta declaración extemporánea de voluntad los deudores o por lo menos el nuevo deudor que asume la deuda».

⁴² PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 340, citando STS de 6 de junio de 1991, afirma que una vez que el acreedor ratifica, el contrato despliega toda su eficacia y ya no es posible dejarlo sin efecto por voluntad unilateral de uno de los contratantes. *A sensu contrario* antes de la ratificación es posible realizar modificaciones. Así lo recoge expresamente el Derecho alemán, tal y como hemos visto en Parágrafo 415 y 414, citado por ÁLVAREZ JOVEN, A., *ob. cit.* 304.

⁴³ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 94, citando sentencias del Tribunal Supremo afirma que el consentimiento del acreedor debe ser un consentimiento sin restricciones.

⁴⁴ En algunas de las sentencias que vamos a analizar a continuación podremos apreciar esta idea.

⁴⁵ RUBIO GARRIDO, T., (2002) *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza en el Código civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granda, Comares, 217.

⁴⁶ Sobre este tema, *Vid.* posterior apartado «IV. Asunción de deuda liberatoria y asunción interna de deuda: eficacia e incumplimiento del asumente».

⁴⁷ CLEMENTE MEORO, M., (1992) *Resolución de contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 155.

⁴⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, R., (2009) *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 190, afirma que el artículo 1124 del Código civil no dice nada sobre si requiere o no culpa. Si se entiende que la liberación del acreedor por el incumplimiento es una consecuencia de la teoría de la causa en los contratos bilaterales, cabría estimar que la liberación tiene lugar, por tanto, aunque el incumplimiento no sea imputable por obedecer a un caso fortuito o fuerza mayor.

⁴⁹ CASTILLA BAREA, M., (2007) Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, en CCJC septiembre/diciembre 2007, número 75, 1149, cita las SSTs 23 de octubre de 1990, 24 de febrero de 1993, 7 de febrero de 1994, 23 de febrero de 1994, 11 de noviembre de 2003.

⁵⁰ CASTILLA BAREA, M., Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, *ob. cit.*, 1139.

⁵¹ VAQUER ALOY, A., (2015) La resolución del contrato, en AA.VV., *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier, 624.

⁵² VAQUER ALOY, A., *ob. cit.* 629, cita las SSTs 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006.

⁵³ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.* 629.

⁵⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., (2007) La causa del contrato, en *Aranzadi Civil*, Volumen III, 2649-2672, habla de la concepción objetivista y subjetivista de la causa. La objetiva está relacionada con la función económico-social del contrato, la subjetiva con el interés concreto de los contratantes, como motivo determinante para contratar. Afirma que el TS ha asumido esta función dualista de la causa. La función de la causa es la de servir de instrumento de control «la causa es el instrumento que nuestro derecho instituye para controlar esos fines, rechazando así aquellos que no son dignos de tutela jurídica», 2653. «El legislador ha preordenado determinados tipos contractuales, lo que supone institucionalizar como buenos los fines que los mismos pretenden (por ejemplo, en la compraventa, el intercambio de bienes

por dinero), sin embargo, la causa sí juega un rol importante en otras hipótesis, como los contratos atípicos y los motivos incorporados a la causa».

⁵⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., (1998) *La causa del contrato*, Bolonia, Real Colegio de España, 118 y sigs.

⁵⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *ob. cit.*, 134.

⁵⁷ CLEMENTE MEORO, M., *ob. cit.* 245, MONFORT FERRERO, M.J., (1999) *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 91 y 98.

⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., (1989) «resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, número 4, 1154, citando a DELGADO en *CCJC* (1986). 1153: «De la incardinación sistemática del artículo 1124, del (erróneo) tratamiento de condición resolutoria que el legislador ha querido darle, lo único que cabe deducir es lo que dispone el artículo 1123 in fine: que los interesados «deberán restituirse lo que hubieran percibido», aunque «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria (...)». Si se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo», para lo que ofrecía alguna base, aunque débil, la remisión del artículo 1123 III del párrafo segundo del artículo 1120, llámese así. Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es en mi opinión, pura Jurisprudencia de conceptos».

⁵⁹ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 163.

⁶⁰ Díez-PICAZO, L., (2008) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *ob. cit.*, 871 y sigs.

⁶¹ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 226. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *ob. cit.*, 275.

⁶² PANTALEÓN PRIETO, F., *ob. cit.*, 1154.

⁶³ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 125, citando la STS de 10 de febrero de 1970.

⁶⁴ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.*, 635.

⁶⁵ Archivo ubicado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

⁶⁶ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.*, 643.

*(Trabajo recibido el 14-2-2019 y aceptado
para su publicación 1-4-2019)*