

La asunción de deuda

por

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

- I. LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES: POSICIÓN DE LOS SISTEMAS ALEMÁN Y FRANCÉS.
- II. CONCEPTO.
- III. NATURALEZA JURÍDICA.
- IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES:
 1. DE LA NOVACIÓN POR SUBROGACIÓN DEL DEUDOR.
 2. DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.
 3. DEL PAGO HECHO POR TERCERA PERSONA.
 4. DE LA FIANZA.
- V. MODALIDADES:
 1. ASUNCIÓN DE LA DEUDA CUMULATIVA.
 2. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA:
 - A) *Asunción por expromisión.*
 - B) *Asunción por delegación.*
 3. ASUNCIÓN DE DEUDA INTERNA Y EXTERNA.
- VI. ELEMENTOS:
 1. ELEMENTOS PERSONALES.
 2. ELEMENTOS REALES.
 3. ELEMENTOS FORMALES.
 4. LA CAUSA.
- VII. SUPUESTO DE COMPRAVENTA DE FINCA HIPOTECADA: EXAMEN DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY HIPOTECARIA:
 1. «EN CASO DE VENTA DE FINCA HIPOTECADA...»:
 - A) *Transmisión por donación.*
 - B) *Transmisión por herencia.*
 - C) *Transmisión por legado.*

2. «...SI EL VENDEDOR Y EL COMPRADOR HUBIESEN PACTADO QUE EL SEGUNDO SE SUBROGARÁ NO SÓLO EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA HIPOTECA, SINO TAMBIÉN EN LA OBLIGACIÓN PERSONAL CON ELLA GARANTIZADA...»
 - A) *Subrogación convencional.*
 - B) *Subrogación legal.*
 - C) *Subrogación judicial.*
3. «...SI EL ACREEDOR PRESTASE SU CONSENTIMIENTO, EXPRESO O TÁCITO».
4. COMPRAVENTA DE FINCA CON PACTOS DE RETENCIÓN O DESCUENTO DE LA DEUDA HIPOTECARIA.

VIII. CONCLUSIONES.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Según la conocida definición de ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «la obligación es el derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizado con todo el activo patrimonial del obligado» (ver ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, pág. 167). De esta definición se desprende la existencia de dos personas: el sujeto activo o acreedor, que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, y el sujeto pasivo o deudor, sobre el que pesa el deber de realizarla (arts. 1.088 y 1.911).

El Código Civil establece como principio general que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, salvo pacto en contrario (art. 1.112); por ello, se entiende por transmisibilidad de las obligaciones la aptitud de las mismas para pasar a otra persona, permaneciendo la misma obligación y, como la transmisión puede afectar tanto al sujeto activo como al pasivo, se puede hablar de una transmisibilidad activa y de una transmisibilidad pasiva o, en otros términos, de cambio de acreedor o de deudor, sin modificarse la obligación.

A lo largo de los siglos han existido dos grandes sistemas legislativos sobre la transmisibilidad de las obligaciones, el sistema romano y el sistema germano. El Derecho Romano configuró la obligación como un vínculo entre dos personas, un determinado acreedor y un determinado deudor (*vínculo intuitu personae*), de ahí que no admitiera ningún cambio de acreedor o deudor fuera del mecanismo de la novación (GAYO, 2, 3, 8, señalaba que las obligaciones no eran susceptibles de transmisión por *mancipatio*, *in iure cesio* y *traditio*). La transmisión de las deudas sólo podía realizarse mediante la novación, en la figura de expromisión; este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suam*, es decir, en perjuicio propio, pero legitimado pasivamente lo era sólo el deudor antiguo: El acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesiona-

rio de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso (ver IGLESIAS, *Derecho Romano*, pág. 523 y sigs., 1972).

Por el contrario, el sistema germano ha objetivado esa relación entre personas, destacando el objeto y contenido de la obligación sobre el aspecto subjetivo, configurándola como un valor patrimonial, como un objeto del Derecho y, por tanto, susceptible de cambio, de transmisión y de comercio; como consecuencia, admitió la cesión de crédito y la asunción de deuda.

PLANITZ señala que una deuda podía ser asumida por un no deudor de forma que éste prometiese solemnemente al acreedor el cumplimiento de la deuda ajena; esta promesa hacía nacer la deuda del nuevo deudor de manera originaria. No se concebía una sucesión en las deudas, pues la deuda se agotaba en el hecho de quedar obligado el deudor de forma personal y tampoco se identificaba la nueva deuda con la antigua en su contenido y efectos; aquélla se regía por sus propias reglas. Posteriormente se introdujeron modificaciones, pues la creciente flexibilidad de los contratos permitió la asunción de deuda, sin embargo, el contrato debía concluirse siempre con el acreedor. Mientras que el nuevo deudor únicamente hubiese prometido el cumplimiento de la deuda al antiguo, no surgía ningún derecho de crédito a favor del acreedor; este derecho no nacía hasta que dicho acreedor hiciese suya la declaración de aceptación del antiguo deudor, con la indicada declaración de aceptación podía ir unida la exoneración del antiguo deudor de la obligación que le vinculaba, conforme a la voluntad de las partes (ver PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, pág. 231 y sigs., 1949).

A partir de la famosa monografía de DELBRÜCK sobre la asunción de deuda (*Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlín, 1853), la codificación alemana estuvo precedida por una intensa polémica doctrinal sobre la posibilidad de transmitir o no las deudas a título singular, fuera del mecanismo de la novación. Una de las principales innovaciones del BGB fue regular la asunción de deudas (parágrafos 414 a 418): Mediante acuerdo entre acreedor y asumente (parágrafo 415), el asumente ratificado por el acreedor (parágrafo 415), el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor (relación de valuta) y, por tratarse de la misma obligación, el asumente puede oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer el primitivo deudor, excepto compensar créditos de éste (parágrafo 417-1); respecto de las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente, se excluye su oponibilidad frente al acreedor (parágrafo 417-2), consagrando la «abstracción» del contrato de asunción de deuda, si bien el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) considera muy relativo este carácter abstracto al admitir la posibilidad de que el asumente impugne la asunción de deuda acordada con el deudor (parágrafo 415) por problemas derivados de la cobertura, argumentando que, cuando la asunción de deuda se acuerda por

ambos deudores, forma, juntamente con la relación de cobertura, un negocio jurídico unitario, que puede ser impugnado como conjunto, aunque sólo sea impugnabile alguna de sus partes integrantes (parágrafo 139); en este mismo sentido se pronuncia la doctrina reciente (HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.^a ed., München, 1999; MÖSCHEL, *Münchener zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1997). Respecto de las garantías, sólo permanecen con el consentimiento de los garantes; los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido hacer valer en el concurso de acreedores contra el deudor no pueden hacerse valer en el concurso del asumente (parágrafo 418).

El BGB regula por separado la «delegación» (Anweisung, parágrafos 783-792), en virtud de la cual el delegante entrega al delegatario un documento en el que se encarga al delegado que realice a favor de éste una prestación de dinero, títulos valores u otras cosas fungibles. El delegatario, que presenta el título al delegado, actúa en nombre propio; el delegado que realiza el pago derivado del título (Anweisung) cumple con una obligación propia, aunque por cuenta del delegante y, con la aceptación por parte del delegado, surge para éste una obligación «abstracta», en el sentido de independiente de las relaciones de provisión y valuta, pues éstas no se constituyen entre el delegado y el delegatario, sino entre cada uno de ellos y un tercero. Aunque esta figura tiene escasa importancia práctica, absorbida por los títulos valores mercantiles, el hecho de su regulación en el BGB confirma la independencia de la delegación respecto de la novación y de la asunción de deuda.

El Code francés regula la «delegación» dentro de la novación por cambio de deudor: «La delegación por la cual el deudor da al acreedor otro deudor que se obliga respecto de éste, no produce novación, salvo que expresamente declare el acreedor que el deudor que ha hecho la delegación quede liberado» (art. 1.275). De aquí deduce la moderna doctrina francesa que la delegación puede o no producir el efecto extintivo o novatorio; si no lo produce se habla de «delegación imperfecta» y, si lo produce, de «delegación perfecta», en la cual la liberación del deudor primitivo está ligada a la novación de la obligación primitiva, de forma que aquélla no es posible sino mediante la extinción de ésta.

DEFRENOIS señala que la novación por cambio de deudor sólo puede tener lugar por manifestación expresa del acreedor declarando la liberación de la deuda (dette) del deudor inicial y que, para apreciar la intención de novar, los Tribunales pueden estimar insuficientes una simple firma del acreedor a la vista de una mención del contrato de préstamo, indicando el cambio de deudor (ver DEFRENOIS, en *Notas al artículo 1.275 Code*, 104.^a ed., Dalloz, 2005, pág. 1145 y sigs.).

Sobre la aceptación de un nuevo deudor, BILLIAU y JAMIN señalan que la sola aceptación por el acreedor de la sustitución de un nuevo deudor al primero no implica que deba entenderse liberado de la deuda el primi-

tivo deudor a falta de declaración expresa (ver BILLIAU y JAMIN, *op. cit.*, pág. 1145).

LARROUMET destaca que, a falta de compromiso del delegado con el acreedor, no hay delegación, la cual no constituye más que una simple indicación de pago; el consentimiento del delegado a la delegación del crédito (*lettre de créance*) puede ser tácito, debiendo distinguirse del pago (ver LARROUMET, *op. cit.*, pág. 1153 y sigs.).

ROSSI y DEFRENOIS señalan que la aceptación por el deudor de una letra de cambio, que no tenga tal valor por falta de algunos requisitos esenciales, no supone delegación del crédito en beneficio del tercer portador, a falta de designar la obligación del deudor (ver *op. cit.*, págs. 1047, 1998; en contra DELEBECQUE).

Sobre el pago de la deuda al delegatario, BILLIAU y MESTRE sostienen que, salvo pacto en contrario, el delegado sólo está obligado al pago de la deuda del delegante para con el delegatario y se encuentra liberado de su obligación cuando el crédito de este último se ve afectado por la prescripción (*Notas al Code*, pág. 765, 1992). El delegado no podrá oponer al delegatario las excepciones nacidas de sus relaciones con el delegante (en este sentido, LACHIEZE, *op. cit.*, 1997).

Refiriéndose al conflicto entre delegatario y acreedor del delegante, MESTRE señala que si el crédito del delegante sobre el delegado se extingue, no por el hecho de la aceptación por el delegatario de la obligación del delegado a su atención, sino solamente por el hecho de ejecución de la delegación, ni el delegante ni sus acreedores pueden exigir el pago ante el incumplimiento del delegado con el delegatario (*op. cit.*, pág. 550, 1997).

Si se efectúa un análisis comparativo entre los sistemas alemán y francés, puede apreciarse que no existen grandes diferencias prácticas entre ambos, porque la asunción de deuda no tiene la amplitud de la cesión de créditos y porque está sujeta a diversas limitaciones que afectan no sólo al antiguo y al nuevo deudor, sino también, de una manera directa, al acreedor y a los titulares de obligaciones accesorias de la obligación principal transmitida (puede consultarse, en este punto, a A. Cossío, «La transmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, pág. 188 y sigs., Madrid, 1943).

En nuestro sistema jurídico, la Jurisprudencia ha admitido la asunción de deuda de una manera clara y decidida. La sentencia de 5 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 8464), recogiendo otras de 24 de abril de 1970 (*RJ* 1970, 2216), 7 de diciembre de 1971 (*RJ* 1971, 5154), 25 de abril y 7 de junio de 1975 (*RJ* 1975, 2095 y 3263), etc., ha sentado la doctrina jurisprudencial de que la transmisibilidad de las obligaciones, en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad,

proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil, en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, aunque venga aludida por algún precepto proponiendo su licitud —art. 118 LH— ha sido admitida por una doctrina jurisprudencial reiterada, que, al igual que la de los autores, entiende superada en el Derecho Moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código Civil, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones con efectos de novación meramente modificativa, conforme al artículo 1.203-2.^a, en relación con los artículos 1.204 y 1.205.

La sentencia de 15 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989, 8832), recogiendo la sentencia de 22 de febrero de 1946 (*RJ* 1946, 254), que por primera vez abordó la asunción de deuda, y otras posteriores [10 de febrero de 1950 (*RJ* 1950, 194), 9 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2518), 8 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4765)], etc., señaló que no existe en el Código Civil disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva y tampoco aparece precepto que prohíba la llamada asunción de deuda.

II. CONCEPTO

En un sentido amplio, asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor, sin extinción de la primitiva obligación. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO la define como «un negocio jurídico unilateral en virtud del cual un tercero acoge como propia una deuda ajena con el efecto indirecto de sustituir al deudor si el acreedor le libera». Así pues, la asunción de deuda, y en esto se diferencia del reconocimiento de deuda ajena, tiene por finalidad típica negocial sustituir al deudor. Por ello, la asunción es más que el reconocimiento como propio de una deuda ajena; reconocimiento que se limita a una falsa confesión extrajudicial de pertenencia al lado positivo de una obligación. Celebrado el negocio de asunción, su eficacia depende de la condición de que lo consienta el acreedor o, como dice el Código Civil italiano «se adhiera» a ella. El del acreedor no es un consentimiento al contrato de asunción, sino su aprobación a éste, por ello, la eficacia de la asunción está condicionada a su adhesión (ver CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, págs. 34 a 36, 2003).

Al estudiar una figura jurídica hay que analizar los presupuestos o requisitos institucionales que la componen, para que pueda existir y producir efectos; a mi juicio, en la asunción de deuda deben concurrir dos requisitos

esenciales: 1. La voluntad clara, indudable, inequívoca del nuevo deudor de sustituir y liberar al primitivo deudor. 2. El consentimiento del acreedor.

El primer requisito —la voluntad clara y decidida del nuevo deudor de liberar al primitivo deudor— ha sido ampliamente estudiado por la Jurisprudencia, que exige que esta intención se manifieste de modo cierto, positivo e indudable, sin que pueda presumirse o deducirse de actos que no respondan a la intención de las partes. La sentencia de 25 de abril de 1975 señaló que la asunción debe ser expresa, con expresa declaración de voluntad en ese sentido por parte del asuntor; las sentencias de 14 de noviembre de 1990 y 23 de diciembre de 1992 confirman esa postura, al señalar que debe aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo.

Si el nuevo deudor no tiene la voluntad de liberar al primitivo deudor, se tratará de alguna modalidad de la asunción de deuda, no de la asunción en sentido estricto (sobre este punto, ver Apartado V).

El segundo requisito —el consentimiento liberatorio del acreedor— ha sido también ampliamente tratado por la Jurisprudencia, que lo exige para que pueda producirse la liberación del primitivo deudor. Las sentencias de 30 de julio y 25 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 6085 y 8283) señalan que el acreedor puede prestar el consentimiento en cualquier forma y momento, pero no se presume: ha de constar expresamente, de modo cierto, positivo, indudable, siendo necesario que conste patente y con evidencia indiscutible. La sentencia de 16 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 2659) dijo que el consentimiento del acreedor no cabe en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida. La sentencia de 20 de febrero de 1995 (*RJ* 1995, 887) admite el cambio de deudor primitivo, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible, conforme al artículo 1.205. La sentencia de 26 de abril de 1993 (*RJ* 1993, 2946) señaló que la falta de consentimiento del acreedor impide que se produzca esa liberación, produciendo simples efectos obligacionales entre ambos deudores, no los propios de la asunción de deuda. Las sentencias de 6 y 27 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4421 y 4632) exigieron que la aceptación del acreedor o asuntor ha de constar de un modo claro, preciso, inequívoco y contundente, conforme a los artículos 1.205 y 1.206. La sentencia de 8 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4765) señaló que la asunción de deuda requiere indispensablemente el consentimiento expreso o tácito del acreedor, sin cuya concurrencia no podrá producirse el resultado de liberación del deudor.

Analizados los dos requisitos esenciales de la asunción de deuda, ésta puede ser definida como «un contrato atípico por el cual un tercero, con consentimiento del acreedor, toma a su cargo la obligación preexistente, constituyéndose en nuevo deudor y liberando al primitivo deudor».

De la definición anterior pueden deducirse las consideraciones siguientes:

- 1.^a La asunción de deuda es un negocio atípico, carente de regulación en el Código Civil (sentencia de 20 de febrero de 1995), si bien el artículo 118 de la Ley Hipotecaria le ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho, en relación con el supuesto de compraventa de finca hipotecada, pero que debe tener aplicación analógica general (en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 5.^a ed., pág. 185, y URIARTE BERASATEGUI, «Revisión de ideas», en *RCDI*, 1950, pág. 747).
- 2.^a Es un negocio plurilateral, en el que intervienen el acreedor, el deudor primitivo y el nuevo deudor.
- 3.^a El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito, nunca presunto, debiendo constar su voluntad de manera cierta e indudable (sentencia de 9 de abril de 1980).
- 4.^a El consentimiento del acreedor puede ser prestado en cualquier tiempo y forma (sentencia de 3 de mayo de 1958), incluso posterior a la asunción de la deuda, siempre que subsista el acuerdo de los deudores (sentencia de 6 de junio de 1991) y sea debidamente manifestado (sentencia de 16 de marzo de 1995).

III. NATURALEZA JURÍDICA

MEZQUITA DEL CACHO señala que «la llamada *naturaleza jurídica* de una institución o figura del Derecho no es un preconcepto, al que se ajusten, por las buenas o por las bravas, sus características, efectos y elementos, sino que, al contrario, viene a ser el *resultado conceptual*, obtenido por inducción de dichos caracteres, elementos y efectos» (ver MEZQUITA, «La conmutación del usufructo vidual», en *RDN*, 1957, pág. 234). Estas palabras son perfectamente aplicables a la asunción de deuda porque, al no estar regulada en el Código Civil, los problemas que suscita no pueden resolverse *a priori*, equiparándola a otras figuras previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales regulan otras situaciones y responden a intereses distintos; por ello, habrá que analizar los conflictos de intereses que se planteen en cada caso concreto, sin intentar encajarlos en un tipo negocial predeterminado de antemano.

Cuando se pretende establecer la naturaleza jurídica de una institución, puede pensarse de manera errónea, que se trata de una cuestión puramente teórica y con escasa trascendencia práctica, sin embargo, determina las normas que van a ser aplicables para solucionar los problemas prácticos que se plantean, los cuales pueden verse acentuados al no estar regulada esta figura en el Código Civil.

Para explicar la naturaleza jurídica de la asunción de deuda se han formulado diversas posturas doctrinales (una exposición de esta materia puede verse en HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, pág. 833 y sigs., 2001, editado por el Colegio de Registradores); en síntesis, son las siguientes:

1.^a TEORÍA DE LA OFERTA COLECTIVA

Para esta postura, el acuerdo entre los deudores constituye una «oferta de contrato» para el creador, siendo perfectamente revocable, mientras no la acepte; el contrato entre los deudores sólo surte efectos internos entre ambos mientras no se haya notificado al acreedor.

Esta postura ha sido defendida por un sector de la doctrina alemana (VON THUR, HELLING, BLUME), pero es rechazada expresamente por el BGB en su Exposición de Motivos; la doctrina española (LAGUNA IBÁÑEZ, *La delegación en el Derecho Civil español*, pág. 307 y sigs., 1958; ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en el Derecho Civil*, pág. 104 y sigs., 1996) ha criticado esta teoría, porque existiendo dos partes en el contrato sólo queda obligada una de ellas, el asumente.

2.^a TEORÍA DE LA OFERTA SIMPLE

Según esta postura, se trata de una serie de aceptaciones y ofertas sucesivas, en primer lugar, al delegante —caso de delegación— y de éste al delegatario. Esta teoría ha sido criticada por los mismos defectos que la tesis anterior (en este sentido, ADAME, *op. cit.*, pág. 149 y sigs.).

3.^a TEORÍA DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Esta postura presupone la existencia de una promesa por parte del deudor (promitente) de asumir la deuda y liberar al deudor primitivo, acompañada de una estipulación a favor de tercero (acreedor). Sin embargo, esta teoría no ha sido aceptada por la doctrina (DE DIEGO, GONZÁLEZ PALOMINO, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) ni por la Jurisprudencia, porque significaría que el deudor primitivo quedaría liberado de la deuda antes de que el acreedor hubiese prestado su consentimiento.

4.^a TEORÍA DEL DOBLE NEGOCIO JURÍDICO DE DISPOSICIÓN Y DE OBLIGACIÓN

Para esta tesis, la asunción de deuda constituye un acto de disposición de un derecho ajeno, el del acreedor, que requiere su ratificación, lo que se producirá cuando el deudor o el asumente le haya notificado la asunción; en consecuencia, el acto de disposición puede ser convalidado retroactivamente por la adhesión del acreedor.

Esta teoría, inspirada en el parágrafo 415 BGB ha sido defendida por la doctrina alemana (WINDSCHEID, ENNECCERUS, LEHMANN), que actualmente admite, de manera casi unánime, que la asunción de deuda liberatoria es un negocio dispositivo sobre el crédito del acreedor, con efecto obligatorio para el asumente, quien debe la prestación que, hasta entonces, obligaba al deudor, confluyendo en un único negocio jurídico: por una parte, es un negocio de disposición, de cara al acreedor y, de otra, es un negocio de obligación, de cara al asumente (en este sentido, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1-2.º, pág. 298, 1993; MEDICUS, *Schuldrecht*, 1, Allgemeiner Teil, pág. 360, 11.ª ed., 1999; RIMMEL SPACHER, *Schulübernahmentheorien und Anfechtbarkeit der befreienden*, pág. 201 y sigs., 1989; STAUDINGER/KADUK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, pág. 608 y sigs., 14.ª ed., 1994).

Esta teoría del doble negocio jurídico de disposición y de obligación responde, lógicamente, a la regulación del BGB, y tiene la ventaja de determinar sus efectos, sin embargo, las partes pueden regular la asunción de deuda por otros procedimientos legales (sobre este punto puede verse STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, pág. 613 y sigs.).

La doctrina española sigue, en líneas generales, esta teoría, sin embargo, a mi juicio, al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción de deuda no responde a negocio contractual único, fijo y predeterminado, por su naturaleza, sino que admite distintas vías contractuales: el contrato entre acreedor y asumente (caso de la expromisión); el contrato entre varios deudores a favor del acreedor (asunción de deuda cumulativa); el contrato entre ambos deudores, que deberá ser ratificado por el acreedor para tener efectos liberatorios... El artículo 118 LH contempla un contrato de asunción de deuda entre deudor y asumente, presentado al acreedor para su ratificación (sobre este punto, ver Apartado V).

IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La posibilidad de que una deuda sea satisfecha por persona distinta del deudor primitivo no supone ninguna novedad, por ello, conviene diferenciar la asunción de deuda de otras figuras afines.

1. DE LA NOVACIÓN POR SUBROGACIÓN DEL DEUDOR

Al tratar el tema de la asunción de deuda, la doctrina ha venido centrando esencialmente el debate en determinar si esta figura era o no una novación, si implica o no la extinción del vínculo primitivo; la opinión mayoritaria defiende la separación de ambas figuras admitiendo la subsistencia del vínculo frente al sector minoritario que habla de una novación modificativa. Sin embargo, esta discusión es más teórica y doctrinal que práctica (en este sentido, DE BUEN, *Derecho Civil Español*, tomo I-2.^a, pág. 499, Madrid, 1930, y sentencia de 27 de diciembre de 1932), porque conducen a los mismos resultados prácticos, por ello, el enfoque debe de ser diferente.

En este sentido, COSSÍO Y CORRAL señaló que la doctrina estaba obsesionada por el espejismo de los nombres, pues lo que realmente interesa es conocer los efectos que esa supuesta extinción pueda producir, más que si la novación extingue necesariamente la obligación primitiva; por esta razón entendía que la pregunta debía formularse en otros términos: si la sustitución del deudor sólo implicaba un cambio subjetivo o si, además, alteraba la obligación y llegaba a la conclusión que la novación por cambio de deudor no difería sustancialmente de la asunción de deuda (ver COSSÍO, «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *AAMN*, tomo I, pág. 195, Madrid, 1945).

Este nuevo enfoque fue seguido posteriormente por DÍEZ PICAZO, quien considera que lo esencial es analizar los requisitos para ver si el cambio de deudor implica una alteración tan sustancial en la obligación que permita concluir que es otra distinta, o si se mantiene inalterada; lo importante es resolver los problemas prácticos que suscita esta figura, siendo irrelevante que se califique o no como novación y que ésta sea extintiva o modificativa (ver DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 813 y sigs., Madrid, 1970).

La Jurisprudencia ha desempeñado un papel muy activo en la construcción dogmática de la asunción de deuda y ha seguido una evolución similar a la doctrinal: primero, sostuvo que se trataba de una novación, posteriormente suavizó esta postura considerándola como novación modificativa, para terminar diferenciando ambas figuras. En efecto, en un principio, la sentencia de 22 de febrero de 1946 abordó por primera vez la asunción de deuda en nuestro ordenamiento jurídico, acudiendo al mecanismo de la novación: «Aún cuando nuestro Código Civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código Civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor...».

La sentencia de 10 de febrero de 1950 dio un paso decisivo al configurar la asunción de deuda como un supuesto de novación puramente modificativa

de la obligación primitiva: «El texto de los artículos 1.203 y 1.207 (*a sensu contrario*) autoriza a afirmar que este cuerpo legal admite, al lado de la novación extintiva, una novación meramente modificativa, debiendo advertirse igualmente que no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva, siendo de advertir ahora, como complemento de la indicada doctrina, que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo».

La sentencia de 21 de mayo de 1997 completa esta evolución, diferenciando claramente novación y asunción de deuda: La asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta...; partiendo de su admisibilidad, sólo se puede dar, tanto en su tipo de expromisión (acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor) como en el de la delegación (acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con consentimiento del acreedor), si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva, con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor.

En definitiva, la polémica doctrinal suscitada sobre si la asunción de deuda conlleva la extinción de la obligación primitiva o si es posible una sustitución de la persona del deudor, permaneciendo intacta la primitiva obligación, puede considerarse como «absolutamente irrelevante y falta de interés» (en este sentido, GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda. Inexistencia. Efectos. Comentario La sentencia de 30 de junio de 1996», en *ADC*, 1997, pág. 1550 y sigs.; BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *ADC*, enero-marzo de 2000, pág. 83 y sigs.; y HERBOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 60), porque la asunción de deuda encaja perfectamente en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, cuya aplicación práctica más frecuente es el supuesto de compraventa de finca hipotecada (art. 118 LH).

2. DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

Se llama contrato o estipulación a favor de tercero al vínculo que se establece cuando se estipula que una de las partes (promitente) se obliga frente a otra (promisario o estipulante) a realizar una prestación en favor de un tercero (beneficiario), extraño a la conclusión del contrato, que no está en él representado; por tanto, las personas que intervienen son el promitente

(obligado a efectuar la prestación), el estipulante o promisorio (quien acepta la promesa) y el tercero o beneficiario, produciéndose entre ellos relaciones distintas (relaciones de cobertura y de valuta).

Entre estipulación en favor de tercero y asunción de deuda existen, a mi juicio, las diferencias siguientes:

- 1.^a En la estipulación surge un crédito en favor de un tercero, crédito que no existía con anterioridad; en la asunción, el crédito era anterior a este contrato.
- 2.^a En la estipulación hay un tercero beneficiario del contrato, en la asunción el tercero va a ser quien asuma la deuda.
- 3.^a En la estipulación, el consentimiento del tercero es un requisito para que el contrato sea irrevocable (art. 1.257-2); en la asunción es el consentimiento del acreedor, imprescindible para la liberación del primitivo deudor.
- 4.^a En la estipulación, el beneficiario es un tercero que podrá ser determinado (si se designa nominativamente en el contrato) o indeterminado (cuando resulta de la designación posterior por el promisorio, como en el seguro de vida); en la asunción, el beneficiario es siempre el acreedor, persona perfectamente determinada desde el nacimiento de la obligación.

3. DEL PAGO HECHO POR TERCERA PERSONA

El Código Civil establece como principio general que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar al deudor lo que hubiese pagado, salvo que lo hubiese hecho contra su expresa voluntad, en cuyo caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago (art. 1.158).

Este precepto se refiere a aquellas personas que no teniendo ninguna obligación de pagar, no frente al acreedor ni frente al deudor, procedan voluntariamente a hacerlo, por ello, sus efectos no se aplican cuando la relación entre el que paga y aquél a quien se reclama el reintegro de lo satisfecho se rige por un contrato o por normas específicas que haya que respetar (sentencia de 7 de abril de 1960).

Cualquier tercero puede pagar, prescindiendo totalmente de las voluntades del acreedor y deudor, sin su consentimiento, en contra de uno de ellos o de los dos; por ello pueden darse las siguientes posibilidades: *a)* el pago de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación produce, *ex lege*, la subrogación del mismo en el crédito del acreedor (art. 1-210-1 y 3); *b)* el pago de un tercero no interesado, con el consentimiento del deudor produce,

ex lege, la subrogación del mismo en el crédito del acreedor (art. 1.210-2); c) el pago de un tercero no interesado, ignorándolo el deudor produce, *ex lege*, una acción de reembolso de aquél contra éste por el importe de lo pagado; si el deudor ignorase el pago no podrá aprobarlo (art. 1.210-2) y no se producirá ninguna subrogación, por lo que el tercero sólo tendrá la acción de reembolso (arts. 1.158, 1.159 y 1.210).

La Jurisprudencia ha analizado y resumido las distintas situaciones que pueden darse respecto del pago hecho por un tercero:

- 1.^a Subrogación convencional: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1.159 y 1.210).
- 2.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1.209).
- 3.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él (art. 1.210-1 y 3).
- 4.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1.159 y 1.210-2).
- 5.^a Reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1.158).
- 6.^a Repetición por la utilidad producida: Cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158), sentencia de 18 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8819).

En el pago hecho por tercero, cualquier persona puede pagar, prescindiendo de las voluntades del acreedor o del deudor, sin su consentimiento, en contra de uno de ellos o de los dos (arts. 1.158 y 1.159); esta circunstancia sirve, a mi juicio, para distinguir esta figura de la asunción de deuda, en la que puede faltar la intervención del deudor primitivo, caso de expromisión (art. 1.205), pero resulta imprescindible el consentimiento, expreso o tácito, del acreedor (art. 118 LH).

4. DE LA FIANZA

En un sentido amplio, fianza o caución es cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación; en un sentido más restringido, es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal. De esta idea se desprenden los dos rasgos esenciales que definen la fianza, la accesoriedad y la subsidiariedad.

Como en todos los contratos de garantía, la fianza no puede concebirse sin la existencia de una obligación principal, de ahí que sea necesario que aquélla exista y sea válida, según reiterada jurisprudencia (sentencias de 21 de marzo de 1962, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970, 14 de diciembre de 1982, 11 de junio de 1984, 26 de diciembre de 1986, 10 de abril de 1987...). Por la subsidiariedad, el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación; esta nota trae como consecuencia el beneficio de orden o de excusión del fiador (art. 1.830 y sigs.).

La fianza asegura el cumplimiento de una obligación ajena, mediante la constitución de una nueva obligación con contenido propio y causa garantía. El fiador asume su propia obligación, distinta y accesoria de la garantizada, y cuando paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor, titular de aquélla; en definitiva, el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena (en este sentido, GUILARTE ZAPATERO, *Comentario del Código Civil*, tomo II, pág. 1782 y sigs. Editado por el Ministerio de Justicia, 1991).

Como la fianza sólo actúa en beneficio del acreedor, el fiador, para serlo, no necesita el consentimiento del acreedor, mientras que en la asunción de deuda, tal consentimiento resulta imprescindible para la liberación del deudor primitivo.

V. MODALIDADES

Recapitulando, puede destacarse una doble consideración: 1.^a Que en la asunción de deuda concurren dos elementos esenciales: la voluntad clara y decidida del nuevo deudor de liberar al primitivo y la necesidad de consentimiento del acreedor. 2.^a Que al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción de deuda no responde a un único negocio contractual, fijo y predeterminado, sino que admite distintas vías negociables, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255): el contrato entre acreedor y asumente (caso de expromisión); el contrato entre ambos deudores en favor de acreedor (asunción cumulativa); el contrato entre ambos deudores, pendiente de ratificación por el acreedor para su eficacia liberatoria...

La vía negocial para llegar a la asunción de deuda dependerá, por tanto, de la voluntad de las partes; si los pactos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes (art. 1.281), no habrá problema; la dificultad surgirá cuando las cláusulas sean confusas o ambiguas (art. 1.284), planteándose entonces la duda de si la asunción ha de ser liberatoria o cumulativa. Ante esta incertidumbre, la postura doctrinal mayoritaria (en este sentido, NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de terceros», en *AAMN*,

tomo V, pág. 477 y sigs., 1950; RODRÍGUEZ TAPIA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, pág. 3001, 1995; Díez Pícazo, *op. cit.*, pág. 85) se inclina a favor del carácter cumulativo de la asunción, lo que tropieza con el artículo 118 de la LH, para el supuesto de compraventa de finca hipotecada, que consagra el carácter liberatorio de la asunción de deuda. En efecto, ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 330) señala que esta norma admite expresamente en nuestro sistema la figura de la asunción de deuda sin los efectos destructores de la novación, como lo demuestra el empleo de la palabra *subrogación* y que habla del pacto de *transmisión de la obligación garantizada*; es evidente que esta norma sólo hace referencia a la asunción de deuda personal hipotecaria y con ocasión de la compraventa de finca hipotecada, pero sienta un criterio legislativo de admisión de la asunción no novatoria de deuda, que puede tener aplicación analógica a todos los supuestos de asunción de deuda.

Otra modalidad de pacto es la llamada «asunción de cumplimiento»: El nuevo deudor pacta con el primitivo la asunción de deuda con efectos *inter partes*, de manera que sólo sea el deudor, no el acreedor, quien pueda exigir de aquél el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de que el deudor ceda al acreedor su pretensión de cumplimiento frente al asumente. Esta modalidad de asunción de deuda fue admitida por la sentencia de 26 de abril de 1993 (RJ 1993, 2946) al señalar que la falta de consentimiento del acreedor al cambio de deudor impide que se produzca una asunción de deuda liberatoria del primitivo deudor, al ser dicho consentimiento requisito esencial para que produzca ese efecto liberatorio; esta falta de consentimiento del acreedor determina la existencia de una «delegación imperfecta» sin efectos liberatorios, que produce simples efectos obligacionales entre ambos deudores, no los propios de la asunción de la obligación preexistente.

Dada la importancia de los efectos de la asunción, es conveniente distinguir las diversas modalidades que puede presentar esta figura.

1. ASUNCIÓN DE DEUDA CUMULATIVA

El contrato de asunción de deuda cumulativa se produce cuando el asumente no se obliga en lugar del deudor, sino con él, comprometiéndose a realizar la misma prestación, o, en otros términos, se introduce el asumente en la relación ya existente, por lo que no será necesario el consentimiento del acreedor, porque podrá dirigirse contra el deudor primitivo. La sentencia de 6 de marzo de 1969 señaló que la asunción es cumulativa hasta que el acreedor la consienta, liberando al deudor; hasta ese momento, la asunción significa solidaridad del deudor y del asumente en la deuda y en la responsabilidad.

El problema que plantea la asunción acumulativa es que, al desempeñar una función de garantía de la obligación preexistente, ya existen en nuestro

ordenamiento jurídico otras figuras con la misma finalidad, como la solidaridad pasiva o de deudores y la fianza; sin embargo, no se trata de aplicar en bloque la regulación de cada una de estas figuras, sino que pueden combinarse normas de la solidaridad de deudores (como el art. 1.144) o de la fianza (arts. 1.824 y 1.853), sin que exista confusión entre estas figuras (sobre este punto puede verse el Apartado IV, distinción de la asunción con otras figuras).

En defecto de pacto entre las partes (art. 1.255), el acreedor podrá dirigirse contra el asumente (en este sentido se pronuncia el art. 1.268-2 del Código Civil italiano) o contra el deudor, sin perjuicio de poder proceder contra el otro cuando su crédito no estuviese completamente satisfecho.

La Resolución de 21 de diciembre de 2005 contempló el supuesto de venta de una finca, en la que el comprador asumía la deuda derivada del préstamo garantizado con la hipoteca que gravaba la finca, subrogándose no sólo en la obligación personal garantizada con la hipoteca; en la misma deuda se subrogaban también otras dos personas, padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente frente a la entidad acreedora, la cual consentía en la subrogación y se pactaba una ampliación del préstamo hipotecario. Presentado el título en el Registro, se suspendió su inscripción por considerar que, para que existiese solidaridad, no era suficiente el convenio entre acreedor y deudor, al ser preciso que la deuda tuviese un origen común; en consecuencia, la ampliación del préstamo sólo podía pactarse en cuanto a la obligación de la compradora subrogada y, en el caso de los padres, habría de constituirse una hipoteca independiente en garantía de deuda ajena.

La DG señala que, en el caso de la compradora, se trata de una asunción de deuda con subrogación en la responsabilidad hipotecaria (art. 118 LH) y, en el caso de los padres, de una asunción cumulativa de deuda, figura reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como diferente de la fianza solidaria, en base a los artículos 1.158, 1.255 y 1.257 del Código Civil a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960, que se justifica en la razón económica del negocio; se trataba pues, de una obligación con tres deudores solidarios y, en consecuencia, podía pactarse la ampliación de la hipoteca en relación con el préstamo considerado (Boletín del Colegio de Registradores, enero-febrero de 2006, núm. 121, págs. 160 a 162).

2. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA

Tradicionalmente la doctrina viene admitiendo que la sustitución de un deudor por otro tiene dos modalidades: *a)* la expromisión, cuando tercera persona distinta del acreedor y del deudor toma sobre sí espontáneamente la obligación de éste, relevándole de ella, y el acreedor acepta el cambio, sin intervención del deudor primitivo (art. 1.205); *b)* la delegación, cuando el

deudor primitivo presenta una tercera persona, que toma sobre sí la obligación, relevando al deudor de la misma, aceptando este cambio el acreedor (art. 1.206). Por ello, conviene analizar por separado cada una de estas modalidades.

A) *Asunción de deuda por expromisión*

Si el asumente incumple la obligación, el acreedor tendrá la opción que le confiere el artículo 1.124: Exigir el cumplimiento o la resolución de la expromisión, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos; el deudor primitivo ha dejado de estar obligado y no se convierte en garante del nuevo.

Cuando la expromisión fuese anulable por concurrir algún vicio de la voluntad o defectos de capacidad y la legitimación para impugnar corresponda al acreedor, el asumente no podrá negarle el pago y el primitivo deudor no quedará liberado mientras el acreedor no preste su consentimiento liberatorio. Cuando la legitimación para impugnar sea del asumente, podrá oponer al acreedor la excepción de contrato anulable y, si la expromisión ya se hubiese consumado, la impugnación provocará la restitución de las cosas, objeto del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses (art. 1.303 y sigs.), salvo que el cumplimiento del asumente signifique la confirmación tácita de la expromisión, por conocer la causa de la nulidad y que ésta haya cesado (art. 1.311) (una exposición sobre el tema puede verse en BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo I, enero-marzo de 2000, pág. 103 y sigs.).

Si la intervención del tercero se basa en relaciones anteriores con el deudor primitivo, éstas regirán los efectos de la expromisión entre ellos; si esa intervención ha sido totalmente espontánea, el asumente podrá dirigirse contra el deudor primitivo, una vez pagada la deuda, por aplicación analógica del artículo 1.158 (sobre esta materia, ver apartado IV, punto 3).

B) *Asunción de deuda por delegación*

El deudor primitivo puede proponer y presentar al acreedor, como su delegado, a una tercera persona para que le sustituya en la obligación, en cuyo caso, su eficacia quedará condicionada al conocimiento de la operación y al consentimiento del acreedor; hasta ese momento, la asunción quedará en suspenso. Aceptada la delegación, el acreedor deberá notificarlo tanto al primitivo deudor como al asumente; una vez notificado el deudor primitivo, quedará liberado, produciéndose este efecto con, contra o sin la voluntad del

mismo (en este sentido, el art. 1.268 del Código Civil italiano) si el acreedor sólo notificó al asumente, el deudor primitivo todavía no quedará liberado y continuará como sujeto pasivo de la obligación.

La notificación al asumente implica que, desde ese momento, estará sólo frente al acreedor; en el supuesto de pluralidad de deudores mancomunados o solidarios, la liberación de uno de ellos por el acreedor no alcanzará a los restantes que continuarán en la misma situación que antes de la asunción.

3. ASUNCIÓN DE DEUDA INTERNA Y EXTERNA

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala esta distinción, indicando que, cuando el asumente celebra por su propia voluntad el negocio jurídico de la asunción, es imprescindible que lo notifique al acreedor, para producir dos efectos: 1.º Para que el acreedor, aún sin necesidad de haber dado su consentimiento a la asunción, pueda dirigirse desde ese momento no sólo frente al deudor, sino también frente al asumente. 2.º Para que el acreedor pueda liberar al deudor primitivo, una vez conocida la asunción. En consecuencia, desde la recepción de la notificación por el acreedor, la asunción, hasta ese momento interna entre los deudores, se convierte en asunción externa (ver CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 59).

A mi juicio, esta distinción es puramente teórica, porque, mientras no se notifique al acreedor, la asunción sólo produce efectos entre el primitivo y el nuevo deudor; una vez efectuada la notificación, se tratará de una asunción cumulativa (ver punto 1 del apartado IV) y conservará este carácter hasta que el acreedor preste su consentimiento para liberar al deudor primitivo, convirtiéndose entonces en asunción liberatoria.

VI. ELEMENTOS

Como en toda relación jurídica, en la asunción de deuda intervienen elementos personales, reales y formales.

1. ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos subjetivos que intervienen en esta figura son el acreedor, el deudor y el asumente; sin embargo, el único que es parte del negocio es el asumente, pues el consentimiento del acreedor tiene la exclusiva función de liberar al deudor primitivo, no la sustitución de los deudores, que es consecuencia de la voluntad del asumente; por otra parte, la asunción puede realizarse sin el conocimiento ni el consentimiento del deudor (art. 1.158).

El consentimiento liberatorio del acreedor ha suscitado diversas dudas. La primera es si ha de ser necesariamente expreso, como ocurre en las legislaciones italiana (art. 1.275) y portuguesa (art. 595-2) o si puede ser tácito. ROCA SASTRE señala que el artículo 118 LH facilita enormemente el requisito del consentimiento del acreedor hipotecario, al limitar su alcance a los efectos liberatorios del anterior deudor; al permitir que se manifieste tácitamente; al no exigir que se preste en el propio acto de la compraventa y al prescindir de la notificación al acreedor; finalmente, da base para que el efecto liberatorio que provoca el consentimiento del acreedor se retrotraiga al momento de pactarse la asunción entre vendedor y comprador (ver ROCA SASTRE, *op. cit.*, tomo VII, pág. 310, 8.^a ed., 1998). La Jurisprudencia confirma también este criterio: Recogiendo numerosos pronunciamientos anteriores, la sentencia de 20 de mayo de 1997 señaló que «el consentimiento no sólo se presta mediante actos expresos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor, si bien los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos».

La segunda duda es la naturaleza jurídica del consentimiento del acreedor. Como hemos visto anteriormente (apartado V), la asunción de deuda no responde a un único negocio contractual, fijo y predeterminado, sino que admite distintas vías negociables, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255); cuando ésta se realice por vía de la expromisión (art. 1.205), el consentimiento del acreedor constituye su declaración de voluntad negocial, que conforma el negocio jurídico en el que se integra, juntamente con la de los deudores.

La capacidad para la asunción de deuda es la necesaria para los actos de disposición: El acreedor, porque, con la sustitución del deudor, decide la futura suerte del crédito y puede afectar a su grado de solvencia, al cambiar el patrimonio del deudor primitivo (art. 1.911) por el de un tercero; el asumente, porque él es realmente quien celebra el negocio de asunción, incorporando a su pasivo una deuda que, en caso de incumplimiento, puede reducir sus bienes, los cuales podrán ser enajenados, caso de impago.

Como elementos subjetivos externos a la asunción están los terceros que hayan garantizado la deuda; no son elementos esenciales, sino complementarios, porque su consentimiento es necesario para la subsistencia de las garantías, personales o reales.

2. ELEMENTOS REALES

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala como elementos objetivos de la asunción: el deudor que, por no tener en cuenta su conocimiento ni su consentimiento a ella, es asumido con la deuda como titular de la misma, en principio,

acumulativamente, aunque después pueda liberarse por el consentimiento del acreedor, en cuyo caso, ya no es sujeto de la asunción por haber desaparecido de la relación jurídica; además, cita como elementos objetivos la causa o la falta de causa de la obligación, el plazo y la condición (ver CANO, *op. cit.*, págs. 46 y 52).

A mi juicio, el deudor no puede ser considerado como un elemento objetivo sino subjetivo, porque las relaciones jurídicas sólo caben entre personas, que desempeñarán diferentes funciones, según la naturaleza del negocio; por otra parte, la condición y el plazo son elementos accidentales del contrato, que podrán o no existir (arts. 1.113 y 1.125) y, por último, la causa la estudiaremos seguidamente (ver punto 4 de este mismo apartado).

Como consecuencia de lo anterior, la deuda asumida es el único elemento objetivo de la asunción; el asumente se coloca en la posición del primitivo deudor como persona obligada a cumplir la prestación, como simple deudor, no como parte contractual. El deudor «debe», en virtud de la relación de valuta, mientras que el asumente «se obliga» en virtud del contrato de asunción, pero «debe» en la misma relación de valuta en la que aquél sigue siendo parte contractual; esto implica que la obligación primitiva debe ser válida y eficaz, por ello, el asumente podrá alegar la nulidad, anulabilidad o resolución de valuta frente al acreedor, pues la asunción no convalida los vicios de esa relación.

Como la prestación podrá consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.088), la obligación asumida podrá ser una prestación de dar (dinero, cosa específica o genérica), de hacer (prestación de servicios no personalísimos) o de no hacer; si se asume una obligación natural, la deuda se asume con la misma falta de exigibilidad, pero si las partes quieren transformar esa obligación natural en civil y, por tanto, en exigible, podrán hacerlo creando una obligación nueva, no a través de la asunción de deuda (sobre este punto puede verse SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI-1.º, pág. 767 y sigs.).

Pueden ser objeto de asunción todo tipo de obligaciones: mancomunadas, solidarias, conjuntivas, alternativas, sometidas a condición, suspensiva o resolutoria, a término, etc., lo que no podrá ser objeto de asunción de deuda es la posición pasiva de un derecho real, porque ésta viene determinada por la ley y escapa a la voluntad de las partes, por ejemplo, el comprador de una finca gravada con servidumbre de paso está obligado a respetarla (puede verse NÜRR, *Sukzessionen*, pág. 309).

3. ELEMENTOS FORMALES

Como regla general, el contrato de asunción de deuda se rige por el principio de libertad de forma (arts. 1.278 y 1.279). La doctrina alemana

precisa que, cuando la ley exija una determinada forma en la relación de valuta, la asunción de deuda deberá revestir esa misma forma, porque se trata de la misma deuda (ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, pág. 297; MÜNCHKOMM, *Vor* 414, 6 y 12; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, pág. 306; SORGEL/ZEISS, *Vor* 4144 y 415; HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *Vor* 417, München, 1999).

4. LA CAUSA

La figura del contrato abstracto fue considerada como una de las grandes aportaciones de la pandectística alemana (DÖLLE, *Juristischen Entdeckungen*), para poner el Derecho Romano al servicio de las necesidades del siglo XX, transformando la *traditio* y la *stipulatio* en el contrato real traslativo (*die Einigung*) y en la asunción de deuda (*die Schuldübernahme*), para facilitar el tráfico inmobiliario y dar seguridad a las transacciones sobre pagarés.

Recogiendo la corriente pandectística, el BGB reguló la asunción de deuda, bien mediante acuerdo entre acreedor y asumente, bien entre deudor y asumente, ratificado por el acreedor, en el cual el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor y, por tratarse de la misma obligación, el asumente podrá oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer el primitivo deudor, excepto compensar créditos de éste, y excluyendo la oponibilidad frente al acreedor de las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente (parágrafos 414 a 418). Sobre esta base legal, la doctrina alemana (DERNBURG, HEDEMANN, KNOKE, STROHAL...) configuró la asunción de deuda como un contrato absolutamente abstracto; sin embargo, a partir de la obra de HECK (*Das Causalgeschäft*, 1973) sobre el negocio abstracto, se sometió a esta figura a una profunda revisión, debido a los resultados injustos que producía, a su carácter anómalo en el Derecho comparado y a lo arbitrario de su origen. Esta revisión se realizó tanto en el ámbito doctrinal (HEINRICHS, MÖSSEL) como en el judicial, especialmente por el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) que consideró muy dudoso el carácter abstracto de este contrato, al admitir que el asumente pueda impugnar la asunción acordada con el deudor por problemas derivados de la relación de cobertura, utilizando como argumento que, cuando la asunción se realiza por acuerdo entre ambos deudores (relación de valuta), forma, con la relación de cobertura, un negocio jurídico unitario, que puede ser impugnado como conjunto, aunque sólo sea impugnable alguna de sus partes integrantes.

Dado el carácter causal de nuestro ordenamiento (art. 1.261-3), la causa de la asunción encaja en el artículo 1.274, cuando al referirse a los contratos onerosos, dice que la causa es «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»; en consecuencia, el acreedor permite la sustitución del deudor y, en contrapartida, el asumente se obliga a realizar la prestación

del deudor y viceversa, por tanto, la causa de la asunción de deuda está en la reciprocidad entre ambas prestaciones.

VII. SUPUESTO DE COMPRAVENTA DE FINCA HIPOTECADA: EXAMEN DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY HIPOTECARIA

Al publicarse la LH de 1946, LA RICA auguró un gran éxito al artículo 118, que regula por primera vez en España este pacto de asunción de la obligación garantizada con hipoteca, porque los vendedores de fincas hipotecadas querrían quedar liberados de toda obligación dimanante del préstamo hipotecario y a los compradores no les importaría subrogarse en la responsabilidad personal si el inmueble cubre con amplio margen el débito hipotecario (ver LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, pág. 203, y el escepticismo de ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, págs. 183 y 184, 5.^a ed., 1954).

El tiempo ha venido a confirmar esta previsión, pues como señala LARRONDO LIZÁRRAGA, esta norma presenta gran utilidad al tráfico jurídico, porque permite la transmisión de bienes y derechos, con independencia de que se encuentren gravados con hipoteca: al vendedor, le reporta la ventaja de quedar desligado de su obligación primitiva; el comprador se beneficia del crédito respecto de la cantidad aplazada, total o parcialmente; el acreedor queda garantizado en su crédito, porque la finca se transmite con la carga que le es inherente y la liberación del primitivo deudor no se produce en contra de su voluntad. El vínculo constituido por el acreedor con su deudor primitivo no queda extinguido, sino que, por el contrario, persiste individualizado sin menoscabo (ver LARRONDO LIZÁRRAGA, «La compraventa de finca hipotecada», en *Práctica Hipotecaria, Nuevas perspectivas del Derecho de Hipoteca, Homenaje a don Ramón M.^a Roca Sastre en el centenario de su nacimiento*, tomo 8, pág. 74, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2000).

En esta misma línea, GARCÍA GARCÍA pone de relieve que el artículo 118 es fundamental, pues, si no existiera, se aplicaría el sistema del Código Civil, que establece la novación extintiva por cambio de deudor y, entonces, se trataría de una nueva hipoteca, pues la novación extingue las garantías; sin embargo, algunos autores siguen hablando de novación extintiva, reconociendo que dicha novación será a otros efectos distintos de la hipoteca, pues ésta subsiste con su rango. Según esta posición, se trataría de hipoteca con el mismo rango en garantía de la nueva obligación. Pero el artículo 118 parte de la figura de la novación modificativa respecto al «crédito hipotecario» en su conjunto, por cambio del deudor, si bien exigiendo el consentimiento expreso o tácito, del acreedor, conforme al artículo 1.205 del Código Civil. En la práctica, en las escrituras de hipoteca se hace constar la manifestación del

comprador sobre subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca y, si no consta la intervención del acreedor, queda pendiente de su ratificación, expresa o tácita (ver GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 5.^a ed., 2006, comentario al art. 118 LH, pág. 208 y sigs.).

La finalidad de la asunción de deuda es evitar el empleo y transporte de numerario, por no tenerse en un momento determinado, facilitando las transacciones. AMORÓS GUARDIOLA pone de relieve que la evolución de la contratación hace posible esta figura porque ha sido desplazado el carácter personalista del Derecho de Obligaciones; hoy es el patrimonio del deudor el que responde de las deudas contraídas, mecanismo que actúa gracias al valor constitutivo de la publicidad registral, que convierte a la hipoteca en *obligatio propter rem* (AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada*, CRPME, pág. 37, 1991, citado por LARRONDO LIZÁRRAGA, *op. cit.*, pág. 74, nota 14).

Para una mejor comprensión del artículo 118 LH conviene analizar sus términos por separado:

1. «EN CASO DE VENTA DE FINCA HIPOTECADA...»

El artículo 118 se refiere específicamente al contrato de compraventa, sin embargo, podrá aplicarse también no sólo a otros negocios traslativos onerosos distintos a la compraventa (permuta, adjudicación en pago de deuda), siempre que concurren los requisitos exigidos en el mismo, sino también a otros negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Argumentos: 1.º El artículo 334-10 del Código Civil incluye los llamados inmuebles por analogía, atribuyendo este carácter a las acciones nacidas de derechos reales sobre bienes inmuebles, ya que la acción toma su carácter del derecho que protege. 2.º El artículo 106 LH incluye entre los bienes hipotecables a los inmuebles susceptibles de inscripción y a los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos bienes. 3.º Esta postura es también defendida por ROCA SASTRE (*op. cit.*, 8.^a ed.) y LARRONDO LIZÁRRAGA (*op. cit.*, pág. 82).

El problema fundamental en este punto es si el artículo 118 es o no aplicable a los negocios gratuitos, por ello, conviene analizar por separado que la finca hipotecada se transmita por vía de donación, herencia o legado.

A) *Transmisión por donación*

Esquematisando los artículos 642 y 643 del Código Civil, ALBALADEJO señala las siguientes ideas:

- 1.^a Si no se le impuso como carga, el donatario no tiene obligación de pagar las deudas del donante.
- 2.^a Aunque el donante haya quedado con un patrimonio insuficiente para pagar sus deudas, el donatario tampoco responde de ellas, aunque los acreedores pueden impugnar la donación y conseguir cobrar sus créditos, incluso sobre los bienes que recibió el donatario (art. 1.111).
- 3.^a Sólo si se le impuso esta carga, el donatario tiene obligación de pagar las deudas del donante que se hubiese acordado.
- 4.^a Si se le impuso en general, sin más precisiones, la obligación de pagar las deudas del donante, el donatario estará obligado al pago de las anteriores a la donación (ver ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*, tomo I, pág. 1629, editado por el Ministerio de Justicia, 1991).

Sobre esta base, pueden distinguirse los supuestos siguientes:

- a) Donación de finca hipotecada sin imponer al donatario el pago de la hipoteca

En este supuesto, el donante continuará obligado personalmente al pago de la deuda; si en lugar del donante la pagase el donatario, éste se subrogará en la posición del acreedor para reclamar el crédito al donante, al tratarse de pago realizado por un tercero interesado en la obligación (art. 1.210-3.º).

- b) Donación de finca hipotecada imponiendo al donatario el pago de la hipoteca

En este caso se tratará de una donación onerosa (art. 619), por ello, la doctrina ha defendido distintas posturas: Si el donatario debe reembolsar al donante lo que éste hubiese pagado de la hipoteca (DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, tomo II, pág. 343 y sigs., 1994); si se le impone la obligación de asumir la hipoteca (SANCHO REBULLIDA, «Comentario al artículo 1.205 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVI, pág. 728, 1991) o si sólo surge el compromiso de satisfacer el pago, sin convertirse en deudor (ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 1629 y 1630) (una exposición de esta materia puede verse en HERBOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 216 y sigs.).

El simple hecho de imponer al donatario el pago de la hipoteca no lo convierte en deudor y dicho pacto sólo surtirá efecto entre las partes, continuando el donante como obligado personal al pago. Si el donatario incumple

su deber de pago, el donante podrá revocar la donación por incumplimiento de cargas (art. 647), pero no podrá subrogarse en la hipoteca del acreedor por la falta de onerosidad de la transmisión, al no poder realizarse la retención o descuento de la deuda, exigido por el artículo 118-2.

B) *Transmisión por herencia*

El artículo 1.085 señala que el coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponde a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional; este mismo régimen se aplicará cuando hubiese pagado íntegramente la deuda hipotecaria o consistiera en cuerpo determinado.

Esta norma establece como regla general una acción de regreso a favor del heredero que paga contra los demás, siempre que el pago sea válido, sin necesidad de reclamación judicial o extrajudicial. Si la deuda es hipotecaria, la finca se adjudicará normalmente por su valor líquido, en cuyo caso, si el que paga es el adjudicatario, no tendrá acción de regreso, pues es uno de los casos en que, como consecuencia de la partición, uno de los coherederos, en este caso, el adjudicatario de la finca hipotecada, él sólo queda obligado al pago de la herencia (art. 1.084-2).

C) *Transmisión por legado*

El artículo 867 dice que cuando el testador legare una cosa hipotecada para la seguridad de una deuda exigible, el pago de ésta será a cargo del heredero; si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, éste quedará subrogado en la posición del acreedor para reclamar contra el heredero.

Esta norma presume que el causante era el deudor de la obligación, razón por la que impone su cumplimiento al heredero, quien habrá de hacerla efectiva, aunque la cosa ya sea entonces del legatario.

El artículo 867 habla de «deuda exigible», entendiéndose que ha de consistir en el pago de una cantidad debida (MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VI-2.º, pág. 396) o que ha de ser líquida y exigible, por no estar sometida a condición (art. 1.113) o a término (art. 1.125) (MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, tomo XV, pág. 239), por ello, DÍAZ CRUZ sostiene que dicha deuda ha de ser «legítima, real, positiva, o sea, como si se hubiera puesto por el legislador la palabra deuda solamente» (ver DÍAZ CRUZ, *Legados*, pág. 224 y sigs.).

AMORÓS GUARDIOLA destaca que una cosa es que el heredero deba pagar la deuda garantizada (aspecto obligacional) y otra que, mientras no se pague y se cancele la garantía, ésta deba seguir pesando como carga frente al lega-

tario (aspecto real). Aunque es cierto que la causa normal de extinción de la garantía será el pago de la deuda garantizada, sin embargo, cabe que el heredero no pague y entonces el legatario, como sujeto pasivo del gravamen, tenga que soportar la venta de la cosa legada para el pago de la deuda (ver AMORÓS GUARDIOLA, *Legado de cosa gravada, el Libro-Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, pág. 444, 1984).

A la vista de las consideraciones anteriores, cabe llegar a la conclusión, a mi juicio, que el artículo 118 LH no es aplicable a los supuestos de transmisión gratuita de la finca hipotecada por las siguientes razones:

- 1.^a El artículo 118 contempla una situación muy específica, la compra-venta de finca hipotecada, por ello, el «crédito hipotecario» responde a este supuesto y a los requisitos institucionales que lo componen, la venta y la hipoteca, por ello, no será aplicable por analogía a otros supuestos en los que concurren requisitos distintos.
 - 2.^a En el caso de donación (arts. 642 y 643), no existe ninguna norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación, ni una presunción legal favorable a ella, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 118.
 - 3.^a En los casos de transmisión *mortis causa* de finca hipotecada, por herencia (art. 1.085) o por legado (art. 867), dicha transmisión no implica ningún cambio en el régimen jurídico de la obligación garantizada, por ello el heredero será quien quede obligado al pago, como sucesor del causante (arts. 657, 659, 660 y 661).
2. «...SI EL VENDEDOR Y EL COMPRADOR HUBIEREN PACTADO QUE EL SEGUNDO SE SUBROGARÁ NO SÓLO EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA HIPOTECA, SINO TAMBIÉN EN LA OBLIGACIÓN PERSONAL CON ELLA GARANTIZADA...»

En el crédito hipotecario concurren dos elementos, el crédito en sí mismo y la responsabilidad real de la finca hipotecada, por ello, el cambio del sujeto pasivo puede serlo en cuanto a uno de los dos interesados, bien el deudor, bien el titular del derecho real gravado. Esta dualidad, que en orden a la transmisión del sujeto pasivo de una u otra obligación, se aprecia claramente cuando al surgir la obligación, sean dos personas distintas, un deudor personal y un hipotecante no deudor, adquiere mayor complejidad cuando aquel último es el mismo deudor, pues el cambio del sujeto pasivo puede producirse respecto a uno solo de ellos, e incluso respecto a ambos, pero en favor de personas distintas.

El artículo 118 contempla la sustitución de la obligación personal garantizada, pero, curiosamente habla de «subrogación», no de asunción de deuda, y como aquella puede ser convencional, legal o judicial, de ahí la conveniencia de analizar por separado cada una de ellas.

A) *Subrogación convencional*

El artículo 118 se refiere al contrato de compraventa, en el que se ha incluido el pacto de asunción de deuda, convirtiendo, de esta forma, a la compraventa, contrato bilateral y oneroso, en plurilateral, al tener que añadirse un nuevo consentimiento, expreso o tácito del acreedor, al de vendedor y comprador (arts. 1.445 y 1.450).

El consentimiento del acreedor, bien en la misma escritura de compraventa, bien en otro documento, se reflejará en el Registro, en el mismo asiento de la venta o por nota marginal, si se acredita posteriormente (en este sentido, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI, pág. 614). Como dicho consentimiento puede ser tácito, el acreedor podrá manifestarlo en cualquier forma y momento, siempre que el acuerdo entre vendedor y comprador permanezca subsistente (sentencia de 22 de febrero de 1946). Si falta el consentimiento del acreedor, la convención entre el deudor-vendedor y el comprador-asumiente permanecerá en el ámbito del derecho de obligación y colocará al adquirente en la posición de quien se obliga a pagar por otro (Resolución de 21 de abril de 1930).

Para admitir esta subrogación convencional y personal, el Tribunal Supremo exige que «los contratos sinalagmáticos todavía no hayan sido cumplidos», lo que implica que todavía no ha llegado el momento de su vencimiento (sentencia de 14 de junio de 1966, recogiendo sentencias de 20 de junio de 1926, 4 de enero de 1930, 11 de abril de 1944, 4 de enero de 1952, 17 de mayo de 1954, 27 de enero de 1960, 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966). Este requisito permite distinguir la subrogación convencional y la legal, pues hasta ese momento el acreedor no puede ser compelido al cobro, pues el plazo se establece tanto en beneficio del acreedor como del deudor (art. 1.127).

B) *Subrogación legal*

Se produce en los casos especiales en que la Ley establece, de manera expresa o tácita, la subrogación del comprador de finca hipotecada en la obligación personal.

La asunción de deuda sólo se refiere realmente a la obligación personal, pues la responsabilidad real sobre los bienes hipotecados no se requiere asumirla, pues va unida directamente a la finca hipotecada (arts. 104 LH y 1.876 del Código Civil); por ello, como señaló la sentencia de 22 de noviembre de 1943, el que presta con una garantía hipotecaria «más bien que a la persona presta a la cosa», pasando así el crédito a tener una naturaleza real con eficacia *erga omnes*, aunque la finca haya pasado a terceros.

Como supuestos de subrogación legal se pueden citar los siguientes:

1.º El artículo 140 LH recoge la llamada «hipoteca de responsabilidad limitada», que constituye una excepción al principio general de los artículos 105 LH y 1.911 del Código Civil.

Si al constituirse la hipoteca se excluye la responsabilidad personal del deudor, por pactarse que la obligación garantizada sólo podrá hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados, con lo que únicamente subsistirá la responsabilidad real, ésta se transmitirá con ella cuando sea vendida por el deudor, produciéndose el hecho de que el comprador asume la deuda en el único aspecto ejecutivo de ella, es decir, en la de la acción real respecto a la finca gravada con la hipoteca.

El artículo 140 LH autoriza un pacto de concreción de la responsabilidad personal del deudor, que queda localizada o circunscrita a la finca hipotecada, a semejanza del beneficio de inventario; dicho pacto presupone que subsiste un deudor personal, con su débito y su responsabilidad, si bien circunscrita a lo hipotecado y que el acreedor hipotecario conserva su crédito, con la consiguiente acción personal. Se produce, pues, una subrogación o asunción de deuda sin el consentimiento del acreedor, quien ya la prestó, al acordar el pacto de concreción de responsabilidad personal (en este sentido, ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 620 a 622).

2.º Cuando la finca enajenada está sujeta a hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas, el que remate los bienes gravados, los adquirirá con subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento (art. 157-3 LH).

Esta figura implica para todo adquirente del bien gravado la asunción automática, de pleno derecho, de la obligación de satisfacer en lo sucesivo la correspondiente renta o pensión periódica, mientras sea propietario, quedando liberado el propietario anterior para lo sucesivo; se produce, pues, una asunción o subrogación legal en el débito personal garantizado con la hipoteca de renta, que, en esencia, garantiza una obligación impersonal, por seguir el débito personal, no a una persona determinada, o a sus herederos, sino a aquella persona que, en cada momento, sea propietaria de la finca hipotecada.

Actualmente ha desaparecido el supuesto de subrogación o asunción legal cuando la finca objeto de compraventa estaba hipotecada a favor del Banco Hipotecario de España; la Ley de 2 de diciembre de 1872 señalaba que, cuando la finca hipotecada cambiase de dueño, el adquirente quedaría de derecho subrogado en todas las obligaciones que, por razón de ella, hubiera contraído su causante con el Banco (art. 36); esta subrogación se producía no sólo cuando la transmisión era por compraventa, sino también por cualquier otro título, porque la norma no establecía diferencias. El Real Decreto de 4 de agosto de 1928 reformó la Ley de 1872, reproduciendo aquella

norma (art. 13), que fue desarrollada por el Decreto de 3 de noviembre de 1928 (art. 95)

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 5 de mayo de 1994, anuló las normas antes citadas, en virtud de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley de 14 de abril de 1994, que adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE) que estableció que la entidad oficial Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima, tenía la naturaleza jurídica de Banco y le sería aplicable el régimen general de los Bancos.

C) *Subrogación judicial*

Esta subrogación se produce en el débito personal garantizado con la hipoteca que grava la finca cuando ésta sea enajenada por el ejercicio de cualquier acción real o personal que produzca la venta de la misma.

La legislación hipotecaria regulaba tradicionalmente la subsistencia y subrogación del rematante o adjudicatario en las hipotecas anteriores o preferentes y en la obligación personal garantizada con la hipoteca, tanto en el procedimiento judicial sumario (arts. 131 y 133-2 LH) como en el extrajudicial [art. 236.f) y g)] confirmados por el artículo 1.512 de la anterior LEC de 1881, que han sido recogidos por los artículos 668-3.º, 669-2 y 670-5 de la nueva LEC, de 7 de enero de 2000, que pasamos a analizar.

Al referirse al contenido del anuncio de la subasta, el artículo 668 dice que se hará constar: «...3.º Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos, si el remate se adjudicare a su favor».

La publicidad de la subasta de bienes inmuebles se realiza de la misma forma que la de los bienes muebles (arts. 645 y 646) con las consiguientes particularidades:

- 1.^a Los anuncios de la subasta contendrán las mismas menciones que para los bienes muebles, con la particularidad de identificar la finca en forma concisa; se indicará que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble está de manifiesto en Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existen títulos (art. 665); y que las cargas o gravámenes anteriores continuarán subsistentes y que el licitador las admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de los mismos; también se mencionará el resultado de las actuaciones sobre extinción y minoración de cargas llevadas a cabo (art. 657); finalmente, también se expresará, con el debido detalle, la

situación posesoria del inmueble o que se encuentra desocupado, si se acredita cumplidamente esta circunstancia al Tribunal de la ejecución (art. 661-1).

- 2.^a La Ley prevé sólo para los bienes inmuebles que medie un plazo mínimo de veinte días entre el anuncio de la subasta y la fecha para su realización (art. 667, que reproduce el art. 1495 de la LEC de 1881).

El artículo 669-2 se refiere a las condiciones especiales de la subasta, estableciendo que, por el mero hecho de participar en la misma, se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor.

La subasta de inmuebles se regirá por los requisitos generales señalados en la LEC (art. 647) con la única diferencia de que el depósito previo exigido se eleva del 20 al 30 por 100 del valor de tasación del bien. Como requisito específico se prevé que el mero hecho de participar en la subasta supone la aceptación de los postores tanto de la suficiencia de la titulación de la finca, que consta en autos, o de la inexistencia de titulación, como de la subrogación en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta (art. 669-2) en el caso de que el remate se adjudique a su favor.

El artículo 670-5 dice que quien resulte adjudicatario del bien inmueble, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.

Esta norma extiende al ejecutante adjudicatario del bien la obligación de aceptar la subsistencia de las cargas anteriores y la subrogación en la responsabilidad derivada de ellas, prevista para el licitador, caso de resultar rematante, en el artículo 668-3, antes examinado.

Este régimen legal señalado en los artículos 668-3.º, 669-2.º y 670-5.º se complementa con el artículo 674 sobre el título para inscripción de la adquisición y cancelación de cargas. En la enajenación forzosa efectuada a través de subasta, hay que distinguir entre la perfección del contrato de compraventa y la consumación de la transmisión, en virtud de la teoría general del título y el modo (arts. 609 y 1.095): La venta se perfecciona cuando se dicta el auto de aprobación del remate (título) y la entrega del testimonio para los inmuebles (modo), conforme al artículo 650-1. Sustituido el otorgamiento de la escritura pública por el auto de aprobación del remate, éste será el momento en el que se entenderá producida la transmisión del bien, pudiendo inscribirse a favor del adquirente, si contiene las circunstancias previstas en los artículos 9 LH y 51 RH.

Este sistema de cancelación de cargas posteriores y subsistencia y subrogación de cargas anteriores con deducción de su importe del valor de tasación

seguido por la Ley es consecuencia de una evolución legislativa, que, en síntesis, ha sido la siguiente: La LEC 1881 estableció la subsistencia de las cargas perpetuas y la cancelación de las cargas temporales, anteriores, simultáneas o posteriores a la del acreedor ejecutante (arts. 1.511, 1.516, 1.517 y 1.518 en su redacción inicial). Este sistema de purga de cargas anteriores fue sustituido por la LH 1909, que introdujo el de subsistencia de todas las cargas anteriores y preferentes, si las hubiere, y subrogación en ellas del adquirente, para el procedimiento judicial sumario (antiguos arts. 131, regla 8.^a LH y 155-2 RH) y, con carácter general, cuando se ejercitase cualquier acción real o personal que provocase la venta de bienes inmuebles (art. 133-2 LH). La Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó la LEC 1881, incorporando el artículo 131, regla 8.^a LH, pero sin incluir la deducción de su importe ni del valor de tasación del bien ni del precio del remate.

La LEC vigente mantiene el mismo sistema, con las siguientes novedades:

1. La subsistencia y subrogación de cargas se establece sólo para las anteriores, sin hacer referencia a las «preferentes, si las hubiere» (arts. 668-3.º, 669-2.º y 670-5.º).
2. Prevé la deducción de su importe del valor de tasación del bien (art. 666).

En definitiva, el sistema de subsistencia de cargas de la LEC se atiene exclusivamente al criterio registral; el adquirente se subroga en todas ellas, hasta el importe que conste para cada una de ellas en el Registro, después de la disminución de cargas prevista en el artículo 657.

3. «...SI EL ACREEDOR PRESTASE SU CONSENTIMIENTO, EXPRESO O TÁCITO»

Siguiendo el mismo criterio del artículo 1.205 del Código Civil, el artículo 118 exige que el acreedor preste su consentimiento, expreso o tácito, al pacto de asunción de deuda garantizada con hipoteca, para que el primitivo deudor quede liberado, porque si la responsabilidad patrimonial universal de un deudor se sustituye por otra (art. 1.911), es lógico que el acreedor preste su conformidad.

La jurisprudencia ha ido configurando el consentimiento del acreedor, señalando que puede ser expreso o tácito, nunca presunto, debiendo constar su voluntad de manera cierta e indudable (sentencia de 9 de abril de 1980); mientras subsista el convenio de la asunción puede ser prestado en cualquier tiempo y forma (sentencia de 3 de mayo de 1958), con carácter previo, simultáneo o posterior a la asunción, siempre que subsista el acuerdo de los deudores (sentencia de 6 de junio de 1991) y sea debidamente manifestado (sentencia de 16 de marzo de 1995).

La falta de este consentimiento trae como consecuencia que la asunción no surtirá efecto frente al acreedor, continuando el vendedor como deudor y el comprador reunirá la condición de tercer poseedor.

4. COMPRAVENTA DE FINCA CON PACTOS DE RETENCIÓN O DESCUENTO DE LA DEUDA HIPOTECARIA

En contraposición a la asunción de deuda (párrafo 1.º) el artículo 118-2.º regula los supuestos en que el comprador haya retenido o descontado del precio de la compraventa el importe de la hipoteca, sin asumirla, estableciendo la subrogación del vendedor en la posición del acreedor, en el caso de que aquél haya satisfecho el pago; de esta forma, el artículo 118-2 LH plantea la duda de si se trata o no de una asunción tácita de la obligación asegurada, porque produce la liberación del primitivo deudor al ser consentida por el acreedor.

En un principio, la Jurisprudencia pareció aceptar la tesis de la asunción tácita. La conocida sentencia de 22 de noviembre de 1943 señaló que al pagar la hipoteca el tercer adquirente, no lo hacía como mandatario de la vendedora-deudora, sino que tácitamente asumió la obligación de satisfacerla y, al hacerlo, actuó por cuenta propia y pagó con su dinero propio. Sin embargo, la sentencia de 12 de abril de 1945 defendió que dicho pacto era una mera asunción interna de deuda o asunción de cumplimiento: Convenido en una compraventa el que el precio de ésta fuera retenido por el comprador para abonar con él determinadas deudas del vendedor, no ha surgido una novación subjetiva con el consentimiento del acreedor que liberaría de sus obligaciones al deudor primitivo, sino que, subsistiendo la obligación, surge otra nueva, consistente en que el compromiso del comprador de pagar las deudas del vendedor, la cual liga, a este efecto, a ambos contratantes y pudiera originar una resolución de la venta al incumplirse la obligación contraída.

Siguiendo este criterio, SANZ FERNÁNDEZ señalaba que la retención del precio no tiene, por sí sólo, una significación jurídica determinada y refleja una intención de las partes no expresada en el contrato, por ello, deberá interpretarse como una asunción tácita de la deuda garantizada con hipoteca, en el caso de que la cantidad retenida se destine al pago de la deuda; a su vez, la finalidad de pago habrá de presumirse en la retención. Salvo una clara voluntad contraria de las partes, habrá que presumir que la cantidad retenida se destina al pago de la deuda y, de ello, que el comprador trató de asumir la obligación garantizada (ver SANZ FERNÁNDEZ, *Compraventa de finca hipotecada*, Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, el 21 de abril de 1944, pág. 79 y sigs.).

AMORÓS GUARDIOLA defiende igualmente que la retención o descuento de la obligación garantizada del precio de venta equivale a una asunción tácita

de deuda, por las siguientes razones: 1.^a porque el comprador tendrá que pagar la deuda con cargo al valor de la finca, si el vendedor no satisface su importe; 2.^a porque normalmente el vendedor o primitivo deudor se desentiende del pago de la deuda garantizada, una vez que la finca ha salido de su patrimonio; 3.^a porque al acreedor hipotecario lo que realmente le interesa no es la persona del deudor, sino la persona que es dueña de la finca, porque a ella tendrá que reclamar el pago, notificarle la existencia del procedimiento y entenderse con ella en el ejercicio de la acción hipotecaria (ver AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada. Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991, págs. 56 y 57).

LARRONDO LIZÁRRAGA entiende que es un supuesto similar al párrafo 1.º del mismo precepto, al haber una asunción de cumplimiento interno de deuda; la única diferencia es que el comprador se compromete a pagar a medida que se produzca el vencimiento de los sucesivos plazos, surtiendo los mismos efectos que la asunción de deuda, si bien no precisa el consentimiento del acreedor, porque no se puede negar al pago (ver LARRONDO LIZÁRRAGA, *op. cit.*, pág. 116).

Esta postura que ve en el artículo 118-2 LH un supuesto de asunción tácita, ha sido objeto de numerosas críticas, que pueden sintetizarse en las siguientes:

1. El artículo 118 contempla como figuras distintas la asunción, expresa o tácita, y la retención o descuento, por lo que deberán tener un régimen jurídico diferente.
2. El artículo 118-2 parte de la idea de que la retención no implica asunción o subrogación, pues cuando se establece la retención del precio es porque no hay pacto de subrogación.
3. El artículo 118-2 llama «deudor» al que ya vendió la finca, sin diferenciar si el acreedor consintió o no la supuesta asunción, distinción que sería precisa si la retención provocara asunción.
4. Un requisito esencial de la asunción es la voluntad del asumente de aceptar la deuda y liberar al primitivo deudor, sin que ello pueda deducirse del simple hecho de que el comprador retenga parte del precio.
5. El artículo 118-2 contempla un supuesto de enajenación de finca hipotecada sin transmisión de la responsabilidad personal; el deudor seguirá respondiendo personalmente frente al acreedor y el comprador adquirirá la responsabilidad por razón de la hipoteca.
6. La retención o el descuento realizados por el comprador son una garantía para su derecho y le obligan a pagar la obligación a su vencimiento, pero ello no implica asunción porque no hay consentimiento del acreedor (una exposición crítica de esta postura puede

verse en ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 339 y sigs.; en HERBOSA, *op. cit.*, pág. 180 y sigs.).

La Resolución de 2 de diciembre de 1999 estudió un supuesto de subrogación del artículo 118-2 LH. Hipotecada una finca y embargada después, el propietario paga el préstamo garantizado con hipoteca, pero no inscribe la cancelación en el Registro; cuando, a consecuencia del embargo, la finca se adjudica a un tercero, el anterior propietario pretende cancelar la hipoteca y anotar su subrogación en la hipoteca, conforme al artículo 232 RH. La DGRN denegó esa pretensión, señalando que no procedía la subrogación prevista en el artículo 118-2 LH, porque la deuda y, por tanto, la hipoteca, habían dejado de existir antes de producirse el remate, siendo presupuestos legales de esta subrogación la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca. Es evidente que el deudor y propietario de la finca hipotecada que pagó, no es un tercero en el acto extintivo, el pago, que provoca la extinción de la hipoteca, aunque reconoce que la discordancia del Registro con la realidad, en relación con las hipotecas extinguidas, plantea diversas cuestiones sobre la regularidad del procedimiento de ejecución, si se anuncian subastas de fincas con gravámenes que realmente no existían; sobre si el rematante, al estimar que había que responder de cargas que realmente no existían, ha dado por las fincas un precio inferior al que habría correspondido; o si, por lo contrario, por haber conocido antes el rematante la realidad de haberse extinguido las hipotecas ofreció el precio que correspondía a una finca libre de esas cargas.

Comentando esta Resolución, ÁVILA ÁLVAREZ señala que las interesantes dudas antes formuladas no pueden resolverse en el estrecho cauce del procedimiento registral, sino que deben quedar para un declarativo, donde será necesaria la prueba de los hechos en que se basaría una u otra solución. El antiguo propietario que pagó y pretende subrogarse no tiene muchas posibilidades de hacerlo porque no era tercero; sus posibilidades van por la vía de un enriquecimiento injusto contra el rematante de la finca que hubiera pagado por ella con retención o descuento de la carga hipotecaria (ver ÁVILA ÁLVAREZ, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, tomo III, pág. 1709, 2006).

VIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- I. Carente de regulación en el Código Civil, la construcción dogmática de la asunción de deuda ha sido elaborada por la doctrina y la

- jurisprudencia, al formular una nueva concepción de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones y superar la concepción romana, subjetiva, de la obligación, evolucionando desde una novación extintiva, en un principio, a una novación modificativa, más tarde, para terminar diferenciando claramente ambas figuras, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255) y no existir ninguna norma que la prohíba.
- II. La mayoría de la doctrina explica la naturaleza jurídica de la asunción de deuda, siguiendo la concepción germánica del doble negocio jurídico de disposición y de obligación; sin embargo, al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción no responde a un negocio jurídico único, fijo y predeterminado, sino que admite diversas vías contractuales: como contrato entre acreedor y asumente (expromisión); como contrato entre ambos deudores a favor del acreedor (asunción cumulativa); como contrato entre ambos deudores, que deberá ser ratificado por el acreedor para tener efectos liberatorios...
 - III. La asunción de deuda puede tener por objeto todo tipo de obligaciones, pero no podrá serlo la posición pasiva de un derecho real, porque ésta viene predeterminada por la Ley y escapa a la voluntad de las partes.
 - IV. Dado el carácter causal de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1261-3.º), la causa de la asunción de deuda está en la reciprocidad de las prestaciones.
 - V. Aunque el artículo 118 LH habla específicamente del contrato de compraventa, podrá aplicarse también no sólo a otros negocios traslativos onerosos distintos (permuta, adjudicación en pago de deuda...) sino también a los negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles.
 - VI. El artículo 118 LH no será aplicable a supuestos de transmisión gratuita de finca hipotecada porque contempla una transmisión onerosa y no puede extenderse, por analogía, a otros supuestos en que concurran requisitos institucionales distintos.
 - VII. En el caso de donación de finca hipotecada, no existe ninguna norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación, ni una presunción favorable a ella, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 118 LH.
 - VIII. En los supuestos de transmisión *mortis causa* de finca hipotecada por herencia (art. 1.085) o por legado (art. 867), dicha transmisión no implica ningún cambio en el régimen jurídico de la obligación garantizada, por ello, el heredero quedará obligado al pago, como sucesor del causante (arts. 657, 659, 660 y 661).

- IX. El consentimiento expreso o tácito del acreedor se hará constar en el Registro, bien en el mismo asiento de la compraventa, bien por nota marginal, si se acredita posteriormente.
- X. A semejanza del beneficio de inventario, el artículo 140 LH autoriza el pacto de limitación de responsabilidad del deudor a los bienes hipotecados, produciéndose una subrogación o asunción de deuda sin el consentimiento del acreedor, quien ya lo presto, al aceptar el pacto de concreción de responsabilidad personal.
- XI. En orden al sistema de subsistencia de cargas, la nueva LEC se atiene exclusivamente al criterio registral del orden en que aparezcan en la certificación registral; el adquirente se subrogará en ellas, hasta el límite que conste en el Registro, después de la aminoración de cargas (art. 657 LEC).
- XII. El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito, nunca presunto, previo, simultáneo o posterior a la asunción, siempre que subsista el acuerdo de los deudores y se manifieste debidamente en cualquier tiempo y forma.
- XIII. Los supuestos de retención o descuento en la venta de finca hipotecada no son supuestos de asunción tácita, porque el artículo 118-2 LH parte de la idea de que no implican asunción o subrogación, porque cuando se establecen es porque no existe pacto de subrogación y no existe el consentimiento del acreedor.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en el Derecho Civil*, 1996.
- AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1991.
- Idem, «Legado de cosa ganancial», en *Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia*, 1984.
- ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, 1991.
- ÁVILA ÁLVAREZ, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, 2006.
- BILLIAU Y JAMIN, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *ADC*, tomo LIII, enero-marzo de 2000.
- COSSÍO, «La transmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular», en *AAMN*, Madrid, 1943.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, 2003.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI.
- DELBRÜCK, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Recht*, Berlín, 1853.
- DEFRENOIS, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.

- DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 1970.
- DOLLE, *Juristischen Entdeckungen*.
- DÍAZ CRUZ, *Legados*.
- ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1993.
- GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda. Inexistencia. Efectos. Comentario a la STS de 30 de junio de 1996», en *ADC*, 1997.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al Código Civil*, tomo II, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., 2006.
- HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.ª ed., Munich, 1999.
- HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, 2001, editado por el Colegio de Registradores.
- HECK, *Das Causalgeschäft*, 1937.
- IGLESIAS, *Derecho Romano*, 1972.
- LARROUMET, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- LAGUNA IBÁÑEZ, *La delegación en el Derecho Civil español*, 1958.
- LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, «La compraventa de finca hipotecada», en *Homenaje a Roca Sastre*, tomo 8, editado por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2002.
- MÖSCHEL, *Münchener zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1997.
- MESTRE, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- MEZQUITA DEL CACHO, «La conmutación del usufructo viudal», en *RDN*, 1957.
- MEDICUS, *Schuldrecht*, tomo I, Allgemeiner Teil, 1.ª edición, 1999.
- MÜNCHKONN/SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, vol. 2.º
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XV.
- NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de terceros», en *AAMN*, tomo V, 1950.
- PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, 1949.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I.
- ROSSI, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo V, 5.ª ed.
- RIIMMELSPACHER, *Schuldübernahmtheorie und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme*, 1984.
- RODRÍGUEZ TAPIA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, 1995.
- ROCA SASTRE-MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, 8.ª ed., 1998.
- STAUDINGER/KADUK, *Comentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1994.
- SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º
- SORGEL/ZEISS, *Schuldrecht*, 1999.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Compraventa de finca hipotecada*, 1944.
- URIARTE BERSATEGUI, «Revisión de ideas», en *RCDI*, 1950.

RESUMEN

ASUNCIÓN DE DEUDA

Carente de regulación en el Código Civil, la construcción dogmática de la asunción de deuda ha sido elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, evolucionando desde una novación extintiva a otra modificativa, para terminar reconociéndole configuración jurídica propia; sin embargo, no responde a un tipo negocial único, fijo y predeterminado, sino que admite diversas vías contractuales, dado el principio de autonomía de la voluntad.

El artículo 118 LH habla específicamente de compraventa de finca hipotecada, sin embargo, también podrá aplicarse no sólo a otros negocios onerosos distintos (permuta, adjudicación en pago de deudas...), sino también a negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Por el contrario, no será aplicable a los supuestos de transmisión gratuita de la finca, al tener requisitos institucionales distintos; en el caso de donación de finca hipotecada, no existe norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación y en los supuestos de transmisión de la finca por herencia o legado, no se altera el régimen jurídico de la obligación garantizada, quedando el heredero obligado al pago, como sucesor del causante.

ABSTRACT

ASSUMPTION OF DEBT

The assumption of debt is not regulated in the CC. Dogma on the assumption of debt has been constructed by doctrine and case law, evolving from extinctive novation to modifying novation, and eventually being recognised as having an independent legal configuration. However, it is not a unique, fixed, predetermined type of act; rather, it admits of diverse contractual channels, given the principle of autonomy of will.

Article 118 of the Mortgage Act specifically addresses the purchasing of mortgaged property. However, the same terms could be applied not only to other, different non-gratuitous acts (swaps, awards in payment of debt...), but also to acts to transfer real rights in immovable property. On the other hand, it would not be applicable in cases of gratuitous property transfer, where the institutional requisites are different; in the case where a gift of mortgaged property is made, there is no rule in the CC stating that the giver is released from his or her obligation, and in property transfers due to inheritance or legacy, the legal regimen of the secured obligation is not altered, and the heir is obligated to pay as the testator's successor.

Trabajo recibido el 14-06-07 y aceptado para su publicación el 10-07-08)