

LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: NATURALEZA Y RÉGIMEN¹

The cumulative assumption of debt: nature and regime

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA

sandra.castellanos@ehu.eus

Profesora Adjunta de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Castellanos Cámara, S. (2022).

La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 7-52

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.30>

(Recepción: 18/11/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar la asunción cumulativa de deuda ajena, una construcción doctrinal y jurisprudencial que toma como punto de partida la asunción de deuda liberatoria y descansa sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. En particular, el estudio persigue demostrar que existe una distancia insalvable con la novación «modificativa» y una cercanía tal con el régimen jurídico de la fianza y de las obligaciones solidarias que hace cuestionar el sentido de su misma existencia.

Palabras clave

Asunción cumulativa, novación, fianza, obligaciones solidarias, garantías personales

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the cumulative assumption of someone else's debt, a doctrinal and jurisprudential construction that takes as its starting point the assumption of dischargeable debt and rests on the basis of the principle of autonomy of the will. In particular, the study seeks to demonstrate that there is an insurmountable distance with the «modifying» novation and such a closeness with the legal regime of guarantee and joint and several obligations that the meaning of its very existence is questioned.

Keywords

Cumulative assumption, novation, guarantee, joint and several liability, personal guarantees

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 “Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales”, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y en el Grupo Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1445-22 sobre Persona, familia y patrimonio, de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurua.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: ORDENACIÓN GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. II.1. Aproximación al concepto. II.2. Origen: de la asunción liberatoria a la cumulativa, pasando por la novación. II.3. Criterio jurisprudencial. II.3.1.) Consideraciones generales. II.3.2.) Régimen jurídico asignado a los supuestos de asunción cumulativa de deuda. II.4. Criterio doctrinal. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA. III.1. Previo: asunción de deuda y novación. III.1.1.) Dos términos para una misma realidad. III.1.2.) La asunción cumulativa como novación «modificativa». III.2. Efectos de la asunción cumulativa de deuda. III.2.1.) Relaciones internas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al codeudor. III.2.2.) Relaciones externas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al acreedor y los terceros garantes. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO

Hace más de medio siglo que la jurisprudencia y la doctrina científica comenzaron a aludir a la asunción cumulativa de deuda como una figura atípica pero perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la cual un tercero se obligaba al cumplimiento de una deuda ajena junto al deudor inicial. Pese al tiempo transcurrido, y al gran número de pronunciamientos judiciales que, con suma alegría, incluyen toda asunción de deuda ajena en esta categoría, se percibe cierto despiste en torno a su naturaleza jurídica y al régimen que, en ausencia de pacto (o por imposición de normas imperativas para la salvaguarda de intereses de terceros) deberíamos adjudicar a esta figura, en el abanico que nos ofrece la regulación de las obligaciones solidarias o de la fianza, cuando la aparición del tercero venga a cumplir una función de garantía. El propósito de este trabajo es, por tanto, analizar los orígenes (y razón de ser) de la asunción cumulativa, al objeto de explicar por qué no cabe identificarla con la novación y por qué (quizá) sí debiéramos reconducirla siempre a alguno de los dos regímenes indicados, o a ambos conjuntamente, a la vista de que sus preceptos pueden leerse en un sentido coordinado y complementario en la búsqueda de soluciones a las cuestiones que plantea la asunción.

II. LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA: ORDENACIÓN GENERAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**II.1. Aproximación al concepto**

La *asunción de deuda* se concibe generalmente como aquel convenio mediante el cual un tercero acepta satisfacer una deuda ajena, presente o futura (*cf.* arts. 1271 y 1273 CC)², sea con posterioridad al nacimiento de la deuda entre acreedor y deudor primitivo o de forma simultánea a aquel. El acuerdo puede revestir la forma *delegatoria*, cuando se perfecciona entre el deudor originario y el nuevo, la *expromisoria*, cuando el convenio se lleva a cabo entre el acreedor y el asumente, o puede ser consecuencia de un contrato plurilateral entre las tres partes implicadas (deudor, acreedor y asumente).

En función de los efectos que produce es habitual distinguir, además, entre: i) la asunción de deuda *liberatoria*, que conlleva propiamente la sustitución de la persona del deudor al colocarse el nuevo en el lugar del originario y liberarle de su obligación; ii) la *acumulativa, cumulativa o de refuerzo*, la cual, sin producir la liberación del primitivo deudor, supone la adición de uno nuevo que se obliga junto al deudor a satisfacer la deuda frente al acreedor; y iii) la *interna o de cumplimiento*, en virtud de la cual el asumente se obliga solamente frente al deudor, de suerte que tal contrato despliega sus efectos solo en las relaciones internas pero no frente al acreedor, que no adquiere derecho alguno ante el nuevo deudor y, por ende, nada puede reclamarle³.

Pese a su admisión generalizada en la doctrina y jurisprudencia, ninguna de las anteriores modalidades se halla, sin embargo, específicamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico estatal –a diferencia del Derecho navarro, que le dedica la Ley 512 de la Compilación⁴–, sin perjuicio de que la figura haya tratado de encajarse en ciertas normas entre las que destacan las reguladoras de la novación. Es por ello que estos contratos se califican habitualmente de atípicos, se enmarcan en la esfera de la autonomía privada y se reputan válidos en tanto no atenten a los límites genéricos que constituyen la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC).

² Gálvez Criado (2021: 357).

³ Pérez Ramos (2015: 265-267). Respecto de aquella última *vid.*, p. ej., la STS Sala 1.ª de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140), que rechaza que el acreedor pueda dirigirse directamente frente al asumente porque el compromiso que este ha adquirido (solo para con el deudor), es para aquel *res inter alios acta*. Carrasco Perera et al. (2022: 136) apunta, no obstante, que el acreedor podría proceder contra el nuevo deudor por vía de acción subrogatoria (art. 1111 CC) o mediante una cesión de crédito que le haga el deudor originario.

⁴ La Ley 512 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, dentro de un capítulo dedicado a la “*cesión de las obligaciones*” (Cap. VIII, T. I, Libro IV), dispone, en relación a la asunción de deudas, lo siguiente: i) el tercero que asume una obligación ajena queda obligado para con el deudor o acreedor en los términos del acuerdo, debiendo asumir también, en ausencia de pacto, todas las obligaciones accesorias o derivadas de la principal; ii) la asunción debe ser aceptada por el acreedor, sea de forma expresa o mediante actos inequívocos, pues, de lo contrario, el primer deudor no quedará liberado de responsabilidad en tanto no quede cumplida la obligación; y iii) los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento de la obligación quedarán liberados por la asunción, salvo que presten su consentimiento.

Con todo, la ausencia de regulación legal contrasta con el indudable éxito de esta clase de negocios jurídicos en la práctica, donde es habitual que se celebren contratos o se autoricen escrituras públicas notariales que contengan pactos de esta índole, sea de manera expresa sea *encubierta* bajo la forma, p. ej., de un simple préstamo, en el que, junto al prestatario deudor, se coloca un tercero que asume la deuda como propia y garantiza su cumplimiento pese a no haber recibido la cantidad prestada⁵.

La asunción cumulativa se muestra, por lo demás, como último remedio en aquellos casos en los que la liberación del primitivo deudor queda frustrada por faltar uno de los requisitos indispensables para que pueda llevarse a efecto, a saber, el consentimiento del acreedor (*cf.* art. 1205 CC)⁶. La anuencia o ratificación del acreedor se reputa, de hecho, imprescindible, pues aquel no puede ver cambiada la persona del deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento⁷, toda vez que se reconoce como auténticamente legítimo su interés en la conservación de la responsabilidad del primitivo deudor, respecto del cual puede presumir el alcance de su garantía patrimonial en orden a la responsabilidad universal que a todos los deudores impone el art. 1911 CC⁸. Así, en la duda de que este último haya prestado consentimiento «con el deliberado propósito de exonerar de sus obligaciones al inicial deudor»⁹ –y pese a que será, en todo caso, cuestión de interpretación del contrato por los tribunales¹⁰–, se entiende que la asunción por el tercero no libera al primitivo deudor sino que quedan

⁵ Pérez Ramos (2015: 255), que se refiere a ese tercero como “deudor garante”, trae a colación, a modo de ejemplo, el supuesto de hecho que da lugar a la RDGRN 21 diciembre 2005 (RJ 2006\3891), en el que se vende una finca y se pacta que la compradora asuma la deuda derivada del préstamo garantizado con hipoteca que grava la misma, subrogándose en la obligación personal garantizada con ella así como en las responsabilidades derivadas de esta. Se añade, además, que «en la misma deuda personal derivada del préstamo se subrogan otras dos personas padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente frente a la entidad prestamista». Pues, en efecto, los padres, pese a presentarse como deudores, vienen en realidad únicamente a garantizar la obligación contraída por su hija. La Dirección, atendiendo a «la voluntad de asumir solidariamente la misma deuda personal por parte de la compradora y de sus padres, y no de constituir una fianza como obligación accesoria de la principal», califica el supuesto de asunción cumulativa de deuda y, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reconoce la autonomía de la figura.

⁶ SSTS Sala 1.ª 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454) y 590/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4458).

⁷ STS Sala 1.ª 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998). Como apunta Batuecas Caletrió (2007: 88-92) «el consentimiento del acreedor debe ser una auténtica manifestación de voluntad, sin que sea suficiente con el mero *conocimiento* de la situación», aunque reconoce que, «de unos años a esta parte, conviven sentencias que exigen una manifestación expresa de consentimiento (...) con otras que entienden como válida una simple declaración tácita» (que no presunta).

⁸ STS Sala 1.ª 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647).

⁹ STS Sala 1.ª de 16 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:16263).

¹⁰ SSTS Sala 1.ª de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681); 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236); y 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956).

ambos obligados, es decir, se recurre a la asunción «cumulativa» de deuda¹¹. De ahí que esta última figura ocupe un papel secundario y se considere, a nivel legislativo –en aquellos ordenamientos que la tienen regulada–, como doctrinal, la «hermana pequeña» o «pariente menor» de la asunción de deuda por antonomasia: la liberatoria¹².

II.2. Origen: de la asunción liberatoria a la cumulativa, pasando por la novación

La asunción de deuda *acumulativa*, *cumulativa* o *de refuerzo* no puede entenderse si no es por relación a la asunción liberatoria, no solo porque doctrina y jurisprudencia las hayan situado en una relación de género y especie, sino fundamentalmente porque aquella modalidad nace, en esencia, y se construye doctrinal y jurisprudencialmente a la par que se admite la *asunción de deuda* como la posibilidad de que el sujeto pasivo de una relación obligatoria pueda ser sustituido con efectos puramente modificativos (sin extinción de la obligación prístina), en el debate, sobradamente conocido, en torno a los efectos que produce el cambio de deudor y el cauce a través del cual puede articularse, es decir, si debe pasarse por la novación extintiva o, por el contrario, si nuestro Código civil da cabida a la *transmisión pasiva de las obligaciones* o *sucesión en las deudas*. De esta forma, trata de darse respuesta a una cuestión de corte dogmático, cual es la de, en qué medida, tras los cambios introducidos, la obligación continúa siendo la misma, pero también a una de indudable transcendencia práctica: hasta qué punto el nuevo deudor puede ocupar la misma posición jurídica del anterior, con idéntico régimen de derechos y obligaciones, en su relación con el acreedor y los terceros¹³.

Es sabido que, según la doctrina tradicional, la sustitución del deudor encuentra en nuestro ordenamiento un único cauce, a saber, el que ofrece la novación –extintiva–, pues, considerado el deudor como un elemento esencial de la relación obligatoria, su sustitución la altera hasta el punto de que no pueda subsistir¹⁴, por lo que la transmisión solo podría realizarse a costa del débito mismo, que se extinguiría para dar lugar a una deuda distinta a cargo del nuevo deudor¹⁵. Frente a esa teoría se ha opuesto una alternativa

¹¹ *Vid.*, por todas, STS Sala 1.ª 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177). En el ámbito doctrinal, y con un análisis histórico de la cuestión, Moretón Sanz (2008: 195, 283).

¹² Gálvez Criado (2021: 357); Adame Martínez (1996: 194).

¹³ A favor de centrarse en esta segunda cuestión para no desvirtuar el estudio de la cuestión: Díez-Picazo (1996: 849); Herbosa Martínez (2013: 61-62).

¹⁴ Sánchez Román (1899: 425); Sancho Rebullida (1964: 161-164 y 393 ss.); Rey Portolés (1995: 117-152); De Castro y Bravo (1997: 97-123); Lalaguna Domínguez (1999: 189-194); Castillo Martínez (1999: 255-290); Roca y Puig (2009: 361-388).

¹⁵ Recuérdese que este fue el objetivo prístino de la novación en época clásica: trasladar el objeto mismo de la obligación (*idem debitum*) del *prior debitor* a un nuevo deudor, so pena de la extinción de la obligación

encaminada a remover los obstáculos que plantea dicha transmisión y a consagrar tal posibilidad, de manera paralela a la transmisión de la obligación desde su lado activo. De ella se han hecho eco un elevado número de autores que sostienen que cabe atribuir a la «sustitución del deudor» (art. 1203.2º CC) una eficacia puramente modificativa, es decir, que ninguna razón se opone a que el cambio de deudor pueda realizarse sin pérdida de identidad de la obligación primitiva, que perdura con la única salvedad que supone el cambio en la persona del sujeto pasivo; posición esta que conforma el sentir de la doctrina mayoritaria¹⁶ y que el Tribunal Supremo ha adoptado para sí¹⁷.

Si atendemos a los datos normativos, nuestro Código civil únicamente regula el cambio de la persona del deudor a través de una de las posibles aplicaciones de la novación (arts. 1203.2º, 1205 y 1206 CC), lejos de la cual no contempla la asunción de deuda como institución a la que dota de un régimen jurídico particular, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones vecinas (*vid.* el Código alemán –§§ 414 a 418 *BGB*¹⁸–, el italiano –arts. 1268 a 1273 *Codice civile*– o el francés, tras la reforma incorporada por Ley 2018-287, de 20 de abril de 2018, ratificando la Ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero de 2016 –arts. 1327 a 1328-1 *Code civil*–). Sin embargo, se perciben en el Código

antigua que pasaba a ser reemplazada por la nueva: Fuenteseca Degeneffe (2000: 78); Sancho Rebullida (1964: 57-60).

¹⁶ A Clemente de Diego (1912) le corresponde la aportación más relevante e influyente a este respecto. Siguiendo sus pasos, se mostraron favorables a la transmisión de deuda sin novación, al amparo de la libertad de pacto: Valverde y Valverde (1937: 156 ss.); De Cossio y Corral (1945: 183-206); y Pérez y Alguer (1966: 416 ss.); doctrina que ha calado después en los trabajos de numerosos autores: Jordano Barea (1950: 1372-1382); Manresa y Navarro (1967: 342 ss.); García-Amigo (1964: 227-246); Cristóbal Montes (1968: 851-890); García Valdecasas (1969: 209-226); Puig Peña (1976: 252 ss.); Espín Cánovas (1983: 267-268); Castán Tobeñas (2008: 375-387); Albaladejo García (2011: 340-344); Álvarez Joven (1983: 289-326); Storch de Gracia y Asensio (1987: 1089-1116); Adame Martínez (1996: 20 ss.); Puig Ferriol (1996: 323-358); Martínez-Gil Vich (1998: 225-256); Basozabal Arrue (2000: 83-160); Cano Martínez de Velasco (2003: 17-36); Gálvez Criado (2007: 22-35); Maside Miranda (2008: 1961-2000); Herbosa Martínez (2001: 59-65, 505 ss.) y (2013: 59-174); Batuecas Caletro (2007: 82-85) y (2017: 1181-1211).

¹⁷ Desde su origen: SSTS Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254), 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194), 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681), 7 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:16), 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678), 23 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9337), 20 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:890), 16 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10220), 434/1997, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:1997:3558), 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998), 1161/2007, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7542) y 36/2015, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2015:262), entre otras muchas.

¹⁸ En relación a la legislación alemana, indudable fuente de inspiración para nuestra doctrina, debe advertirse de que esta figura se construyó con una finalidad principal (procurarle un régimen de excepciones mucho más amplio que el previsto para el deudor solidario –§§422-425 *BGB*–, que, a diferencia de nuestro art. 1148 CC, no puede por principio valerse de las excepciones de su codeudor ni aprovechar las circunstancias liberatorias que concurren en el resto de los obligados), y otras finalidades secundarias como convalidar una caución personal ineficaz por falta de forma *ad substantiam*: Carrasco Perera (1992: 172); Adame Martínez (1995: 661). Ninguna de esas dos necesidades cabía atender, en principio, en nuestro ordenamiento, dada la amplitud con que la oponibilidad de excepciones se regula en el art. 1148 CC, de un lado, y la falta de forma específica para la constitución de la fianza (a excepción de la mercantil: *cf.* art. 440 CCom), de otro.

ciertas referencias implícitas a la figura. Así, p. ej., cuando el art. 642 CC prevé que «*[s]i la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes*», lo que denota la posible existencia de un pacto por el cual el donatario acepte asumir las deudas del donante, aunque el texto legal no determine su alcance. En el mismo sentido se trae a colación el art. 506 CC, que se remite a lo establecido en los arts. 642 y 643 CC en relación a las deudas del propietario sobre cuyo patrimonio se haya constituido un usufructo, «*tanto para la subsistencia del usufructo como para la obligación del usufructuario a satisfacerlas*»; así como el art. 1084.II CC, que contempla la eventualidad de que uno de los coherederos haya quedado «*él solo obligado al pago de la deuda*» sea «*por disposición del testador, o a consecuencia de la partición*». Y, por último, pero de forma más rotunda, se alude al art. 118.I LH como aplicación concreta de la asunción de deuda para el supuesto de venta de finca hipotecada, considerando que el mismo permite el pacto entre vendedor y comprador por el que el segundo se subroga «*no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada*», en cuyo caso «*quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito*». De donde se colige, en definitiva, que nuestro ordenamiento jurídico no solo no se opone a la transmisión en las deudas, sino que expresamente la consagra como solución en las hipótesis enunciadas.

Admitida, entonces, la posibilidad por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, no existe un criterio unánime respecto de las normas que sirven de soporte legal a la figura, es decir, sobre si debe acudir, a falta de una regulación específica, al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)¹⁹ o, como se sostiene con relativa frecuencia, puede recurrirse a las normas reguladoras de la novación (art. 1203.2º, en relación con el 1204, 1205 y 1206 CC), considerando que la doctrina actual atribuye a esta figura una posible eficacia modificativa²⁰.

¹⁹ Por entender que la novación es siempre extintiva [Gete-Alonso (1989: 303-320) y (1990: 1185-1187)] o que, aun siendo «modificativa», los preceptos dedicados al cambio de deudor (arts. 1205 y 1206 CC) responden al principio de intransmisibilidad de las deudas [Castán Tobeñas (2008: 501); Albaladejo García (2011: 330-339); Storch de Gracia y Asensio (1987: 1115)].

²⁰ Entre otros, Jordano Barea (1950: 1372-1379); Pérez y Alguer (1966: 416); García Valdecasas (1969: 209-226); Puig Peña (1976: 252 ss.); Espín Cánovas (1983: 267-268); Rubio Garrido (2002: 220); Infante Ruiz (2004: 143); Batuecas Caletrió (2007: 76-87); Moretón Sanz (2008: 624 ss.), y un largo etcétera.

Lo mismo ocurre, por lo demás, con la asunción cumulativa, que en ocasiones es calificada directamente de «novación modificativa»²¹ o, cuando menos, asimilable a ella²². Se dice, si no, que la autonomía privada constituye su fundamento y la libertad de pactos, su “columna vertebral”, por lo que cobra especial relevancia determinar qué régimen jurídico procede aplicar en ausencia de previsión específica por los contratantes²³. A falta de regulación vigente, y puesto que esta figura cumple, las más de las veces, una función de garantía o refuerzo de una obligación preexistente, las soluciones se buscan en otras figuras jurídicas con esta misma finalidad y oscilan, por ello, entre aplicar las normas reguladoras de las obligaciones solidarias (arts. 1137 y ss.), las de la fianza (arts. 1822 y ss. CC) e incluso unas u otras normas según estemos en el plano externo (solidaridad) o en el interno (fianza)²⁴.

II.3. Criterio jurisprudencial

El Tribunal Supremo, tras admitir el negocio de asunción de deuda con efectos meramente modificativos como una figura alejada de la novación romana o, al menos, como una subespecie a la que reconoce un efecto únicamente modificativo²⁵, termina proclamando la existencia, junto a aquella, de una asunción «acumulativa o de refuerzo»²⁶ como «una modalidad de modificación subjetiva de las obligaciones»²⁷ o «modificación *cumulativa*, determinante de la persistencia del nuevo deudor con los anteriores, y en su virtud no excluyente de estos»²⁸, que quedan unidos «con vínculo solidario»²⁹ a los fines de reforzar la garantía del pago³⁰ mediante la coexistencia de ambas deudas³¹.

²¹ SSTs Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:18210); 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247); 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177).

²² STS Sala 1.ª de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

²³ Gálvez Criado (2021: 378).

²⁴ A las normas del contrato de fianza se remite, p. ej., la Propuesta de Código civil de la APDC [*cfr.* art. 514-11 (2)] para la asunción de deuda «*sin que tenga lugar la liberación del deudor originario*», mientras que la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la CGC de 2009, pese a que dedica un capítulo (Cap. X, Tít. I, Libro IV) a regular la asunción de deuda, omite cualquier referencia a la cumulativa.

²⁵ SSTs Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254) y 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194).

²⁶ STS Sala 1.ª de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\3150).

²⁷ STS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298).

²⁸ STS Sala 1.ª de 17 de junio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1941).

²⁹ *Vid.* por todas STS Sala 1.ª de 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370).

³⁰ STS Sala 1.ª 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818).

³¹ STS Sala 1.ª 1076/2004, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7101).

Contrasta, no obstante, el elevado número de sentencias que hacen alusión al instituto con la escasa doctrina sustantiva que arrojan sobre el mismo³², tal vez por los *borrosos perfiles* que acusa esta modalidad «aceptada por los juristas en la medida en la que se manifiesta como práctica»³³. Pues, en efecto, lejos de ocuparse de la figura con detenimiento, en la mayoría de las ocasiones la jurisprudencia alude a ella para contraponerla a la asunción de deuda liberatoria, en la duda de si el acreedor ha prestado el necesario consentimiento para la liberación del primitivo deudor³⁴ o, incluso, a la asunción de cumplimiento, en aquellos supuestos en los que el tercero únicamente ha prometido satisfacer ciertos créditos, pero sin desplazamiento del verdadero deudor ni producción de derechos para el acreedor³⁵, a quien se ha ocultado lo acordado³⁶.

II.3.1. Consideraciones generales

Si atendemos, en primer lugar, a las declaraciones generales que hace el Tribunal Supremo respecto al modo en que ha de ser entendida la asunción cumulativa de deuda, podríamos extraer las siguientes ideas en torno a su concepto y régimen jurídico.

En primer lugar, y como ya avanzábamos, esta figura se enmarca en el ámbito de la novación *impropia*³⁷, desde el instante en que se asume que «la palabra novación no tiene en nuestro Código un significado riguroso, ni alude necesariamente a una extinción de la obligación, pudiendo significar simple modificación de esta, sin olvidar que el efecto extintivo es, además, excepcional y no puede presumirse»³⁸. De este modo, se distingue dentro de la novación subjetiva por modificación de la persona del deudor, de un lado, la liberatoria (si el cedente de la deuda queda liberado de la obligación) y, de otro, la acumulativa, en la que el tercero entra a responder de la deuda junto con el deudor

³² Adame Martínez (1996: 197). En el mismo sentido, Batuecas Caletrío (2007: 73-74) critica que la importancia que han tenido las sentencias del Tribunal Supremo al tiempo de admitir y consolidar la asunción de deuda se ha visto oscurecida por la falta de pronunciamientos precisos en los que se indique claramente cuáles son su contenido y elementos característicos y que, a su vez, sirvan para distinguirla de otras instituciones.

³³ STS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298).

³⁴ SSTS Sala 1.ª de 10.01.1983 (RJ 1983\161); 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257); 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678); 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654); 26 de abril de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17476); 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647); 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177); 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998); 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818); 181/2008, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2008:3815); 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956).

³⁵ STS Sala 1.ª de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681).

³⁶ STS Sala 1.ª de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140).

³⁷ STS Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654).

³⁸ STS Sala 1.ª de 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678).

anterior³⁹. Aunque no faltan tampoco declaraciones que, sin negar que la asunción acumulativa sea «asimilable a la novación modificativa por adhesión del elemento subjetivo pasivo en la obligación de pago», reconocen no estar aquí en presencia de las previsiones del art. 1205 CC ni técnicamente de los arts. 1203 y 1204 CC, en la medida en que «ni se extingue ni modifica la obligación prístina (...), sino que se añade una nueva (...) que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca, con lo que coadyuva al propósito del feliz término y cumplimiento de la primitiva obligación»; mas su estructura jurídica se corresponde con la de un negocio atípico en nuestro Derecho positivo, «cuya raíz obligacional se encuentra en la libertad de pactos (...) con reminiscencias no muy lejanas del dispositivo legal contenido en el artículo 1158 del mismo Cuerpo legal»⁴⁰.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la asunción con efectos liberatorios⁴¹, en la cumulativa –donde también se exige la aceptación del acreedor⁴²–, se admite el consentimiento prestado en forma expresa o tácita, coincidiendo con la celebración del convenio por el cual el tercero asume la deuda o en un momento posterior, como puede ser al instante de formular la demanda⁴³. Pues, en efecto, si el acreedor, una vez conocida la celebración del negocio, actúa contra el asumente, tal actuación no puede entenderse como una aceptación tácita a la liberación del deudor originario, sino, al contrario, como una aceptación tácita a la acumulación, cuyo efecto es precisamente el de permitir al acreedor dirigirse contra el deudor originario, contra el sustituto o contra ambos⁴⁴. Por consiguiente, de la reclamación judicial de la deuda contra el tercero se infiere que el acreedor acepta la asunción cumulativa⁴⁵ y quiere aprovechar la incorporación de un deudor que refuerza su posición crediticia⁴⁶. Todo parece indicar

³⁹ STS Sala 1.ª de 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257).

⁴⁰ STS Sala 1.ª de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428), que a su vez cita la doctrina contenida en las SSTS Sala 1.ª de 7 de noviembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:6067), 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678) y 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370).

⁴¹ Pese al giro jurisprudencial del que da buena cuenta Batuecas Calettrío (2007: 88-92) y que hemos apuntado en nota 7.

⁴² STS Sala 1.ª de 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421).

⁴³ STS Sala 1.ª 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684).

⁴⁴ STS Sala 1.ª 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454).

⁴⁵ SSTS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298) y 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

⁴⁶ Así, p. ej., la STS Sala 1.ª 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684), a la vista del claro compromiso contraído por el asumente, y pese a que la acreedora no había prestado su consentimiento desde el principio, cuando se otorgó el documento privado en virtud del cual se adhería aquel segundo deudor, se entiende que evidentemente lo ha hecho en momento posterior y concretamente al formular la demanda origen de dicho proceso, tras la imposibilidad de conseguir que la primitiva deudora haga frente a la obligación contraída, por lo que ha lugar a la reclamación que el acreedor formula al nuevo deudor, tras el fracaso práctico de la acción judicial entablada contra el originario.

que frente a aquel podrá dirigirse, además, aunque no medie incumplimiento previo del deudor originario, más aún si se tiene en cuenta, en tercer lugar, que la solidaridad entre los deudores (originario y asumente) se reputa, por lo general, consecuencia natural y efecto principal de la asunción cumulativa de deuda⁴⁷, lo que permite al acreedor dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellos (*cf.* arts. 1137, 1144 CC)⁴⁸.

Por último, en la relación entre la asunción cumulativa y la fianza, la STS Sala 1.^a de 15 de diciembre de 1989⁴⁹ (siguiendo el pronunciamiento de 28 de septiembre de 1960⁵⁰) declara que la diferencia esencial entre ambas radica en que en la asunción cumulativa «el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por lo tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras que el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por deuda ajena». De modo que, en la asunción, ni hay novación extintiva, ni hay fianza, «siendo la finalidad de lo convenido y la razón económica lo que determinará la existencia de esta figura».

Sin embargo, no se aprecian diferencias en cuanto al régimen jurídico entre la asunción cumulativa y la fianza solidaria o, al menos, así lo sostiene la STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre⁵¹, que se aparta de la calificación mantenida por las partes y por las sentencias recaídas en instancias inferiores del negocio enjuiciado como una fianza solidaria y opta, a la vista de lo convenido (y de la frase que dice que «*CILINDROS se obligaba a responder solidariamente con FUNDICIONES, del incumplimiento*») por considerar que, en realidad, se había producido una asunción cumulativa de deuda, con

⁴⁷ SSTS Sala 1.^a de 10 de enero de 1983 (RJ 1983\161); 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298); 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257); 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370); 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421); 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454).

⁴⁸ En este sentido, la STS Sala 1.^a 847/2009, de 7 de enero (ECLI:ES:TS:2010:10) matiza que en la asunción cumulativa de deuda adquiere relevancia y utilidad la distinción entre débito y responsabilidad, que permite que un determinado sujeto responda «en todo caso» frente al perjudicado, aunque no sea responsable del daño, y repita luego contra los que lo sean. A decir del Tribunal Supremo, «ejemplos parecidos cabe hallar en la asunción acumulativa de deuda, que no releva de la obligación al primitivo deudor sino que agrega otro deudor con una finalidad generalmente de garantía para el acreedor; y en la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales, junto con la sociedad deudora, por incumplimiento de determinados deberes que la ley les impone, caso en el que algunos autores de la doctrina científica advierten una asunción cumulativa de deuda». Situaciones, todas ellas, cuya particularidad reside en la necesidad de distinguir la relación externa frente al acreedor de la relación interna entre deudores solidarios, o entre deudores y responsables solidarios del pago de la deuda, de modo que, si bien en la relación externa el acreedor podría reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los deudores o responsables –salvo que exista un límite de cobertura o de garantía que le sea oponible–, en la relación interna los sujetos están vinculados por lo pactado entre ellos o por la relación de unos con los otros, de suerte que, nada se opone a que el administrador que paga al acreedor la deuda social se reintegre luego de la totalidad de lo pagado con cargo a la sociedad deudora.

⁴⁹ (ECLI:ES:TS:1989:7370).

⁵⁰ (RJ 1960\3150).

⁵¹ (ECLI:ES:TS:2010:6957).

carácter solidario: «en definitiva, se añadió a la primitiva obligación, un nuevo deudor, que respondería solidariamente con el deudor originario del cumplimiento del contrato y en los mismos términos», y ello pese a que «esta asunción tuvo una finalidad de garantía y su funcionamiento fue prácticamente idéntico al de la fianza solidaria». De ahí que no se produzca, en opinión del Tribunal, ninguna diferencia entre los efectos de una y otra, en la medida en que la solidaridad pactada facultaba a la acreedora para elegir al deudor responsable «*en el caso de incumplimiento*». Ahora bien, con esta última afirmación parece dar a entender que el deudor garante no se identifica con un mero obligado solidario (de ser así, el acreedor podría dirigirse directamente contra él), sino subsidiario⁵², como, por lo demás, lo es el fiador.

No obstante, de este último criterio se aparta, a nuestro juicio acertadamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala 1.^a 42/2015, de 18 de febrero⁵³, en el que se plantea de nuevo la cuestión de si un pacto concreto debe calificarse como fianza o como asunción cumulativa, a efectos de la calificación concursal del crédito en cuestión. Y es que aquí reconoce el Tribunal que nos encontramos ante dos instituciones distintas: la fianza, en tanto que subsidiaria, implica que el fiador se obliga a cumplir solo si el deudor principal no cumple, esto es, *en vez o en lugar de él*, mientras que en la asunción cumulativa o con fines de refuerzo, se asume la obligación como deudor principal, lo que tanto quiere decir como que no rige la subsidiariedad. Si, en cada caso concreto, nos encontramos ante una u otra figura, es algo que, a decir del Tribunal, depende de la voluntad contractual y, por tal, del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones que dan vida al contrato por el que el garante queda obligado.

II.3.2. Régimen jurídico asignado a los supuestos de asunción cumulativa de deuda

Si dejamos a un lado las consideraciones *obiter dictum* realizadas en torno a la figura y reparamos en cuál es el régimen jurídico que se asigna a los supuestos de asunción cumulativa de deuda para resolver el fondo de las cuestiones que se plantean, podríamos destacar lo siguiente.

En primer lugar, y como no podía ser de otro modo, dada la naturaleza que se asigna a la figura, la regla general es que debe estarse a los pactos establecidos por las partes y consentidos por el acreedor; así, p. ej., en la STS Sala 1.^a de 1 de diciembre de

⁵² Pérez Ramos (2015: 283).

⁵³ (ECLI:ES:TS:2015:1085).

1989⁵⁴, el asumente solo se compromete a saldar la deuda mediante un complejo mecanismo (consistente en la compra de mercancías, etc.), pero no a pagar al contado la total deuda asumida, por lo que no procede la reclamación del acreedor en ese sentido, habida cuenta de que, como contrato atípico que es, «ha de regirse por los pactos establecidos».

Fuera de lo anterior, resulta de especial interés la STS Sala 1.^a 1192/1994, de 30 de diciembre⁵⁵, que trae causa de los siguientes hechos: don F. Q., socio de la mercantil QSA, asume garantizar solidariamente la deuda contraída por esta frente a CLSA en el marco de ciertas operaciones comerciales mantenidas entre ellas y, en concreto, «como si el deudor principal fuere y por tanto, con expresa renuncia de los beneficios de excusión y cuantos otros pudieran competerme», y acepta asimismo, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por tener que reclamar el auxilio judicial para conseguir la efectividad de sus derechos, una pena civil equivalente al 30% del montante «que como principal afianzado fuere condenado a pagarles». CLSA recurre finalmente a la vía judicial y don F. Q., que se allana respecto al principal, se niega al pago de la cláusula penal por entender que la misma es nula, toda vez que, en su condición de fiador, no podía obligarse a más que el deudor principal ni resultar su condición de garante más onerosa, al amparo del art. 1826 CC.

El Tribunal, que rechaza el argumento de don F. Q. y da por válida y exigible la cláusula penal, lo hace, empero, sin abordar frontalmente cuestiones de calificación, es decir, sin entrar a valorar si en el supuesto concreto estamos ante una fianza o ante otro tipo de figura de intercesión, como la asunción cumulativa. Y es que, como se ha apuntado con acierto⁵⁶, en el fondo da igual qué etiqueta le pongamos (asunción cumulativa o fianza solidaria), si en ambos casos aplicaríamos las reglas de la solidaridad, en el entendido de que la fianza solidaria responde externamente a las normas de la solidaridad e internamente a las de la fianza: comoquiera que el art. 1826 CC es regla de repercusión externa (no aplicable, por ende, a la fianza solidaria), la solución pasa en uno y otro caso por la misma⁵⁷.

⁵⁴ (ECLI:ES:TS:1989:9678).

⁵⁵ (RJ 1994\10243).

⁵⁶ Adame Martínez (1995: 656-665).

⁵⁷ En este mismo sentido *vid.* la STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6957), que aplica las reglas de la solidaridad a un supuesto que califica de asunción cumulativa de deuda, aunque, reconoce, el mismo régimen cabría aplicar aun habiendo considerado que nos encontrábamos ante una fianza solidaria, dada la remisión del art. 1822.2 CC a la regulación de las obligaciones solidarias. En este sentido, rechaza el argumento de la recurrente (*CILINDROS*) de que no le había sido comunicada la resolución del contrato puesto que, de un lado, la comunicación debía efectuarse a la otra mercantil

Pero, más allá de eso, el Tribunal Supremo basa su decisión en el denominado «criterio del interés»⁵⁸, es decir, en la idea de que la solución del art. 1826 CC viene justificada en el altruismo o gestión desinteresada a favor de tercero que caracteriza a la fianza decimonónica; un elemento que no puede observarse en este supuesto, en la medida en que don F. Q., en su calidad de socio de la mercantil, no actúa movido por fines altruistas sino, muy al contrario, interviene para atender un interés propio, lo que excluye la posición privilegiada que al fiador conceden numerosos preceptos de nuestro Código. Esta idea, unida a la voluntad de don F. Q. en obligarse y aceptar la cláusula penal precisamente para el caso de incumplimiento, lleva al Tribunal a considerar que el estatus o posición asumida por aquel es la de un verdadero obligado principal.

Este mismo criterio del interés, en virtud del cual se estima que, a diferencia del fiador, el asumente cumulativo interviene en el negocio merced a un interés económico o jurídico, se toma en consideración en la STS Sala 1.ª 534/2007, de 18 de mayo de 2007⁵⁹ para confirmar una interpretación del contrato enjuiciado favorable a una asunción cumulativa de deuda, toda vez que la esposa, que suscribe el documento, tenía, en efecto, interés en el cumplimiento de la obligación junto con su cónyuge al participar de forma directa en su negocio de compraventa de vehículos.

Por último, en la STS Sala 1.ª 1133/1998, de 9 de diciembre⁶⁰, se plantea la cuestión de las excepciones que el asumente puede oponer al acreedor. En concreto, se trata de un supuesto en el que un tercero (Consejero Delegado y Director General de unas sociedades), asume la deuda que las mercantiles tenían contraídas en concepto de honorarios por los servicios profesionales prestados por un letrado. Interpuesta la

(*FUNDICIONES*) –como así se hizo– y, de otro, «la relación de solidaridad implica que las acciones ejercitadas contra un deudor solidario perjudiquen a todos los demás, según se establece en el art. 1141 CC y esta solución se debe aplicar tanto si entendemos el contrato como una asunción cumulativa de deuda con el carácter de solidaria, como si se trata de una fianza solidaria». En conclusión, habiendo asumido *CILINDROS* solidariamente la deuda que *FUNDICIONES* había contraído con la Seguridad Social, y habiendo incumplido esta última su obligación, la obligada solidariamente con ella debe en las mismas condiciones y circunstancias que ella en aplicación de las reglas de la solidaridad.

⁵⁸ Adame Martínez (1995: 665). Este criterio, que se ha utilizado tradicionalmente en la doctrina alemana como factor para distinguir entre asunción cumulativa y fianza, en función de si quien intercede tiene interés directo o no en el cumplimiento de la obligación, respectivamente, se ha puesto en entredicho, desde el instante en que se admite que la fianza en interés propio sigue siendo fianza, aunque esa circunstancia, unida al carácter solidario, deje escaso margen de aplicación a su régimen normativo (inaplicación de las normas del regreso, de aquellas protectoras del deudor contra el fiador y del fiador contra el deudor, etc.), pero siempre existirá un régimen mínimo que permita seguir hablando de fianza, debiendo identificar en cada caso qué tipo de interés propio existe para concluir qué normas de la fianza aparecen como adecuadas o inadecuadas al caso: Carrasco Perera et al. (2022: 172-173).

⁵⁹ (ECLI:ES:TS:2007:3236).

⁶⁰ (ECLI:ES:TS:1998:7432).

reclamación por este último, el asumente alega que la acción está prescrita por transcurso de 3 años *ex art.* 1967.1.º CC y el Tribunal admite el motivo por entender que «la asunción de deuda fue una asunción cumulativa, que no altera la obligación contraída con el Letrado minutante de sus servicios por las sociedades que los encomendaron». Por ende, «si la obligación es la misma, si el recurrente al asumirla se convirtió en un deudor más, pero de un crédito que no surgió de la extinción de la deuda primitiva», debe reconocerse a este las mismas excepciones que sus codeudores y, entre ellas, la prescripción de tres años prevista en el art. 1967.1 CC para la acción de reclamación de honorarios profesionales.

II.4. Criterio doctrinal

En el ámbito doctrinal destacan principalmente dos tesis acerca de la naturaleza jurídica de la asunción cumulativa: de un lado, la de quienes reconocen que, junto a la fianza, caben otras figuras de intercesión como la asunción cumulativa, que se encuadra en el ámbito de las obligaciones solidarias; y, de otro, la de quienes defienden un solo tipo de responsabilidad por deuda ajena llamado «fianza» y, por tanto, dentro del cual debe subsumirse la asunción cumulativa o cuyo régimen debe aplicarse necesariamente a esta figura atípica de garantía.

La primera de las teorías se sustenta en la idea de que el asumente, a diferencia del fiador, no «garantiza», sino que «participa» en la deuda ajena, convirtiéndose de ese modo en *deudor* de la obligación principal, en el mismo concepto y por la misma causa que obligaban al primitivo. Así, pese a que la asunción cumulativa viene, en efecto, a reforzar la posición del acreedor y, en ese sentido, cumple una función de garantía similar a la de un fiador⁶¹, el asumente ingresa en la misma obligación y se coloca junto al deudor, creando de ese modo una relación obligatoria solidaria de la que es corolario la aplicación del régimen de las obligaciones solidarias (arts. 1140-1148 CC)⁶². Y ello sin perjuicio de que, en las relaciones internas entre los deudores, el asumente deba en mayor o menor medida (sea, p. ej., el único obligado internamente por razón de una obligación previamente asumida con el deudor o no deba en absoluto al haber aceptado una posición

⁶¹ Aunque no siempre, toda vez que pueden pretenderse otros fines con ella (asunción *solvendi causa*, *credendi causa*, *donandi causa*): Pérez Ramos (2002: 221).

⁶² Díez-Picazo (1996: 859); Adame Martínez (1996: 199 ss.) y (1995: 662); Puig Ferriol (1996: 336 ss.); Infante Ruiz (2004: 147); Rubio Garrido (2002: 213-230); Basozabal Arrue (2000: 121-123) considera aplicable el art. 1144 CC y, por tanto, por lo que hace a la reclamación por parte del acreedor, entiende que la asunción cumulativa se comporta como un supuesto de solidaridad de deudores; entiende, sin embargo, que la regulación de la solidaridad debe conciliarse con la de la fianza, intentando una aplicación conjunta.

de mero garante), y, por tanto, con independencia de que deba reconocérsele un derecho de regreso en el caso de que asuma íntegra o parcialmente la deuda. La admisión de la asunción cumulativa se percibe, en este sentido, como la elevación al plano de los contratos del régimen de la obligación solidaria que resulta de la intercesión de un tercero en una relación junto al deudor primitivo, superándose de este modo «la paradoja dogmática» que encierra comparar una institución de la teoría general de las obligaciones (la solidaridad) con un contrato típico (el afianzamiento)⁶³.

En ese sentido, y aunque la solución parezca atentar *prima facie* contra el principio que rige en nuestro Código civil de que la solidaridad no se presume (*cf.* arts. 1137 y 1138 CC)⁶⁴, no cabe otra opción para los obligados cumulativamente que entender que el deudor de la obligación asumida y el asumente se hallan unidos por un vínculo de solidaridad⁶⁵. Pues, en efecto, es la única solución admisible si se tiene en cuenta que la aplicación de las reglas de la mancomunidad y de la parciaridad vendrían a equivaler a una asunción, al menos parcialmente, liberatoria (pues el deudor inicial se vería *liberado* de una porción de deuda que coincidiría con la atribuida al tercero), para la que el acreedor no ha prestado consentimiento⁶⁶ ni puede presumirse (*cf.* art. 1289.I CC)⁶⁷. Ahora bien, si esta solución parece no ofrecer fisuras en aquellas hipótesis en las que la asunción cumulativa ha sido consentida por el deudor antiguo (y en la que el asumente se obliga, claro está, a cumplir la misma prestación que aquel), se advierte que no cabe equiparar absolutamente ambas figuras jurídicas (asunción cumulativa y solidaridad) cuando el primitivo deudor no consiente en obligarse cumulativamente, ya porque expresa o tácitamente se oponga, ya porque simplemente ignora la asunción por el tercero. Y es que no debe perderse de vista que la solidaridad entraña una agravación de la responsabilidad, p. ej., por la pérdida de la cosa debida mediando culpa de algún deudor solidario, lo que conlleva que todos deban responder frente al acreedor del precio y de la indemnización

⁶³ Adame Martínez (1995: 662). En contra, Basozabal Arrue (2000: 131) entiende que «la asunción de deuda no responde a un tipo contractual; es un efecto negocial al que cabe acceder desde diferentes hipótesis contractuales».

⁶⁴ Principio, por lo demás, en crisis hace ya tiempo [*vid.* Jordano Barea (1992: 867 ss.); Guilarte Zapatero (1983: 233)] y que no debería erigirse en obstáculo en favor de la solidaridad en la asunción cumulativa [Gálvez Criado (2007: 129 ss.)].

⁶⁵ Díez-Picazo (1996: 859); Adame Martínez (1996: 202); e incluso Pérez y Alguer (1966: 422), quienes aluden a los arts. 1137 y 1138 CC pero terminan concluyendo que la exigencia de que la solidaridad sea establecida de manera expresa no debe interpretarse en un sentido riguroso, sino que debe admitirse siempre que sea conforme a la intención de las partes «y en los casos de asunción acumulativa, dada la naturaleza de la operación, la solidaridad será siempre conforme al propósito de las partes».

⁶⁶ Adame Martínez (1996: 201-206).

⁶⁷ Puig Ferriol (1996: 337).

de daños y abono de intereses (*cf.* art. 1147.II CC), que no debe soportar sin su conocimiento y voluntad ninguno de los deudores. Su ignorancia o rechazo son razón para protegerle de lo convenido entre acreedor y asumente como se protege a cualquier tercero en aplicación del principio *res inter alios acta* (*cf.* art. 1257 CC)⁶⁸.

En segundo lugar, frente al planteamiento anterior, y partiendo de que la solidaridad no es un contrato, ni una obligación, sino simplemente «uno de los modos posibles de organizar la concurrencia de deudores cuando son varios los obligados», compatible con cualquier contrato (fianza, arrendamiento, préstamo...)⁶⁹, un segundo sector doctrinal viene a asimilar la asunción cumulativa a la fianza, ora por entender que al tener similar «causa» deberían aplicarse a esta garantía personal atípica sus normas por analogía (*cf.* art. 4 CC)⁷⁰, ora porque, como señala Carrasco Perera (1992: 73), debemos incluir la misma dentro del *concepto amplio de fianza* que maneja nuestro Código, como único contrato por virtud del cual un tercero distinto del deudor principal asume una obligación cuyo objeto es el cumplimiento de la prestación debida por aquel, pese a que lo haga sin el expreso título que da lugar a la *obligación fideusoria* sino valiéndose de otras declaraciones negociales que, sin utilizar los términos propios «afianzar» o «garantizar», consistan en «asumir» con carácter solidario la deuda preexistente o «responder como deudor principal»⁷¹. Lo anterior es indicativo de que la asunción cumulativa como figura con entidad propia se ha construido sobre bases exclusivamente terminológicas y partiendo de ciertas premisas que se reputan falsas, como lo es sostener que en la fianza la deuda del fiador es la misma que la deuda afianzada o que el asumente «participa» de la deuda original, pues el título por el que asume la deuda ajena no puede ser el mismo por el que el deudor originario se convirtió en tal («quien no compró o arrendó o pidió a préstamo no puede ser comprador, arrendatario, prestatario») sino que ha de ser necesariamente un título diverso, a saber: un contrato de garantía⁷². Se reputa

⁶⁸ Gálvez Criado (2021: 374-376).

⁶⁹ Carrasco Perera et al. (2022: 118).

⁷⁰ En favor de esta solución se muestra Pérez Ramos (2015: 291), aunque con un importante matiz, y es que no considera que proceda una aplicación indiscriminada de las normas de la fianza sino que, a su juicio, la identidad de razón que sustenta la aplicación analógica «se limita a la finalidad de garantía que por voluntad de las partes se proyecta únicamente en la esfera interna», o sea, únicamente en la relación del asumente para con el verdadero deudor.

⁷¹ Carrasco Perera et al. (2022: 169).

⁷² Carrasco Perera et al. (2022: 171).

En contra, Infante Ruiz (2004: 152-153) reconoce que es imposible que sea comprador quien no compró o prestatario quien no recibió dinero en mutuo, «pero la explicación es tan sencilla como decir que el asumente se obliga por su propio contrato al cumplimiento de la misma prestación que el deudor originario»; aquí, como en la fianza, el asumente intercederá las más de las veces en virtud de un mandato, aunque también puede tratarse de una gestión de negocios ajenos o, de forma más excepcional, de una

irrazonable, así, asignar una distinta calificación contractual por el mero hecho de que la asunción se exteriorice de una u otra forma, máxime cuando en la doctrina del Derecho común la fianza se definía, precisamente, como una obligación de asumir deuda ajena⁷³. Desde esta perspectiva, y comoquiera que la única diferencia apreciable es la de que cabe presumir que el asumente cumulativo renuncia al beneficio de la subsidiariedad⁷⁴, se concluye que al deudor garante le son de aplicación las normas de la fianza, cuyo régimen no depende del carácter subsidiario de la misma sino de la naturaleza accesoria que también se asigna a la asunción cumulativa; así, p. ej., se postula la aplicación del régimen de interrupción de la prescripción propio de la fianza (art. 1975 CC), la oponibilidad de excepciones *ex arts.* 1824 y 1853 CC, el posible aprovechamiento por el asumente de la transacción hecha por el deudor originario (art. 1835 CC), los arts. 1840 y 1842 CC en las relaciones internas, etc.⁷⁵.

Gálvez Criado (2021: 376-377) se plantea, sin embargo, hasta qué punto es posible acudir a la regulación de este contrato para trasladarlo a la asunción cumulativa si tenemos en cuenta que la fianza, al menos en su concepción clásica, es una obligación subsidiaria, accesoria y en la que internamente el único obligado es el deudor principal, mientras que la obligación a cargo del asumente no es accesoria y este no es propiamente

intercesión espontánea (una «causa» que, como en la fianza, es externa y ajena al acreedor). De modo que, la referencia a la misma *causa debendi* no significa que el asumente se convierta, p. ej., en comprador, sino que asume la misma prestación que este. Lo que se cohonesto con la estructura de las obligaciones solidarias: en ellas existe una pluralidad de obligaciones y un único objeto (prestación), pero eso no implica que todos los deudores se hayan obligado en virtud de un mismo título. En el mismo sentido, Rubio Garrido (2002: 217-218).

Caffarena Laporta (1980: 52), por su parte, sostiene en torno a la obligación solidaria que esta «cumple frente al acreedor una función de garantía de su crédito, con un régimen que trata de garantizar ese crédito con mayor fuerza que la fianza en perjuicio de los titulares pasivos de la relación teniendo ello por motivo seguramente que en esta relación todos los deudores tienen un interés directo, mientras que en la fianza el garante no participa de manera directa en la obligación garantizada. Si al regularse la solidaridad pasiva se hubiera pensado tan solo en esa función de garantía, hubiera bastado con reconocer la posibilidad de renunciar al beneficio de excusión en la fianza. O ni siquiera esto. Hubiera bastado no regular nada al respecto de las obligaciones solidarias. Pero esta institución encuentra un sitio en los Códigos, respondiendo a una situación distinta a la de la mera fianza. Fundamentalmente hay en ella también, además de garantía, un interés común por parte de todos los deudores implicados. Esta idea última de la comunidad de interés inspira todo el aspecto interno de la relación solidaria, e influye en algún modo en el régimen de su aspecto externo, primordialmente estructurado en torno a la idea de garantía, reforzando esta a favor del acreedor y en perjuicio de los deudores». Por lo que hace a las diferencias entre la fianza (aun solidaria) y la solidaridad pasiva, *vid.* Alventosa del Río (1988: 183 ss.); Jordano Barea (1992: 857); Guilarte Zapatero (1983: 223 ss.).

⁷³ Carrasco Perera et al. (2022: 171). Este mismo autor (1992: 167), con cita de Pothier, explica que en el Derecho común y en la praxis jurisprudencial la expresión «obligarse como deudor principal» no fue entendida como una exclusión convencional del régimen de la fianza, sino como una renuncia al beneficio de exclusión.

⁷⁴ *Vid.* apartado III.2.2.).

⁷⁵ Carrasco Perera et al. (2022: 172-173).

un fiador, aunque cumpla una función en ocasiones similar. De ahí que, mientras la obligación del fiador depende de la existencia y contenido de la obligación principal, la del asumente no quede generalmente afectada por las vicisitudes de aquella (a salvo cuando se satisfaga total o parcialmente el crédito) y, así, p. ej., que, a diferencia de la obligación del fiador, la del asumente no se extinga por la imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación a cargo del deudor, pues, en ausencia de accesoriedad (*cfr.* art. 1847 CC), procedería aplicar la regla del art. 1147.I CC en materia de solidaridad⁷⁶. Aún más: cuando la jurisprudencia se detiene a distinguir entre asunción cumulativa y fianza, en función de si quien se obliga lo hace por deuda propia o ajena, en realidad aspira a diferenciar quien se obliga solidariamente y como deudor principal (asumente) de quien lo hace como deudor subsidiario o con beneficio de excusión (fiador)⁷⁷.

No faltan, por último, quienes defienden una tesis ecléctica, situada a caballo entre los dos bloques normativos apuntados: las normas de la fianza y las de las obligaciones solidarias. Así, mientras algunos autores propugnan por que, en lo no previsto por las partes, se busquen soluciones optando por aquellas normas que resulten más apropiadas en cada caso⁷⁸, otros defienden que, comoquiera que estamos ante un negocio jurídico atípico de garantía –cuya función es la de refuerzo de una obligación preexistente–, el asumente internamente será un garante, y como tal le serán de aplicación las normas sobre fianza (y no las normas de la solidaridad, porque entre ellos no existe la comunidad para la que está pensada dicha regulación), mientras que externamente, frente al acreedor, y dada su voluntad de asumir la responsabilidad y posición propia de un deudor, será un obligado solidario, sujeto, por tanto, al esquema clásico y propio de estas obligaciones⁷⁹.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASUNCIÓN CUMULATIVA DE DEUDA

⁷⁶ Gálvez Criado (2021: 377). En cuanto a la accesoriedad, defiende, con cita de Larenz (1987: 611), que la obligación del asumente es dependiente en su nacimiento a la del deudor primitivo, pero independiente en su desarrollo. Esta misma idea la sostienen, entre otros, Adame Martínez (1996: 212), Rubio Garrido (2002: 221) e Infante Ruiz (2004: 149).

⁷⁷ Gálvez Criado (2021: 379), trae a colación, en este sentido, la STS Sala 1.^a de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\ 3150) que justifica la calificación del contrato como asunción cumulativa y no como fianza en que no pueden extender a la primera los requisitos que se exigen para la fianza «siendo el efecto más importante de la adhesión a la deuda (...) el de la conversión del adherido en deudor solidario, al lado del deudor primitivo».

⁷⁸ Gálvez Criado (2021: 378); Basozabal Arrue (2000: 122). Puig Ferriol (1996: 338), por su parte, se remite a la normativa general en materia de interpretación de contratos para resolver las dudas en aquellos casos en que no aparece claro si la obligación del nuevo deudor debe abocar a la figura de la asunción o a la de la fianza, entendiendo que estaremos en este segundo supuesto si el tercero responde de la deuda del primitivo deudor con carácter subsidiario.

⁷⁹ Pérez Ramos (2015: 284 ss.).

III.1. Previo: asunción de deuda y novación

Ya se ha apuntado cómo asunción de deuda y novación aparecen interconectadas desde el mismo origen de la institución que aquí se analiza. Es por ello menester comenzar el análisis del régimen jurídico de la asunción delimitando adecuadamente ambas figuras a los efectos de concluir hasta qué punto es procedente, o no, seguir relacionándolas y utilizando como sostén normativo el que proporcionan los arts. 1203 y ss. del Código.

III.1.1. Dos términos para una misma realidad

Entre los distintos modos de extinción de las obligaciones se encuentra, a tenor del art. 1156 CC, la novación, a cuya regulación se destinan los arts. 1203 a 1213, que conforman la Sección 6ª del Capítulo IV que trata “*De la extinción de las obligaciones*”. Fuera de estos preceptos, a ella alude el art. 1143 CC en materia de solidaridad, cuando señala que «[l]a novación... hecha(s) por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue(n) la obligación». El marco que ofrecen estos preceptos y su misma ubicación sistemática sugiere, por tanto, a primera vista, que deba pensarse en esta institución como un medio extintivo de las obligaciones, en sintonía con su tradición histórica⁸⁰.

No obstante, la novación no puede entenderse hoy si no es por relación o contraste con la modificación de las obligaciones, a la que ha terminado por convertirse en subespecie de aquella. Tan es así que, según la exégesis que actualmente predomina en la doctrina y jurisprudencia, junto a la novación *romana*, *extintiva* o *propia* coexiste una *impropia* o *modificativa* que entraña la subsistencia de la obligación primitiva con el

⁸⁰ Es bien sabido que la *novatio obligationis* encuentra en el Derecho romano clásico su punto de partida, en el que ya se concibe como la sustitución de una obligación por otra, a través del complejo e inescindible efecto «extinción-creación» que ha trascendido hasta nuestros días. En aquella primera etapa desempeña un papel decisivo en tanto que única vía para articular jurídicamente la «transmisión» de la *obligatio* romana, dada su concepción como vínculo estrictamente personal entre dos sujetos. Así, aunque en sentido técnico-jurídico se traduce en la extinción de una obligación y el nacimiento de otra destinada a ocupar su lugar, desde una perspectiva económica se muestra como la manera de trasladar el contenido de la obligación de un sujeto a otro. Su singular operativa explica la caracterización de la novación como medio *extintivo-constitutivo*: la válida extinción de la obligación primitiva requiere que de forma correlativa nazca un nuevo vínculo obligatorio, el cual, por tomar para sí algunos elementos de aquella, viene a sustituirla. Y de ahí se extraen también los principales caracteres de la novación: el cambio de un elemento de la *obligatio civilis* en forma de modificación, introducida para que la *prior obligatio* se transforme en *nova obligatio* mediante la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*). Junto a estos tres elementos (obligación previa a extinguir, obligación nueva que sustituya a aquella y elemento discrepante entre ambas), destaca en aquel periodo la presencia de otro requisito esencial del acto novatorio, el *idem debitum* o identidad en el objeto de la obligación, que se suprime sin embargo en su evolución posterior al tiempo que la decadencia de las formas clásicas romanas hace que la *voluntas* de las partes pase a ser determinante de los efectos jurídicos del acto, consagrándose así el *animus novandi* como presupuesto fundamental de la novación; *vid.* Sancho Rebullida (1964: 15-142); Fuenteseca Degeneffe (2000: 17-214).

nuevo contenido que resulte de la alteración de alguno de sus elementos. Dicho más claramente, se encuentra hoy comúnmente aceptado que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico extintivo de una obligación por creación de otra nueva y, de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único⁸¹. De este modo, los arts. 1203 a 1213 CC no solo se conciben como reguladores de uno de los medios extintivos de las obligaciones sino, asimismo, como marco normativo de aplicación a la *modificación convencional de las obligaciones*, admitida sin discusión en nuestro Derecho como manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, como complemento y desarrollo del art. 1255 CC. Ahora, mientras la novación «propia» presupone la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de una nueva que viene a sustituirla, la «impropia» implica la pervivencia de la primera; cuestión en absoluto baladí si se tienen en cuenta, p. ej., sus consecuencias desde el punto de vista de la indisociable extinción o *aparente* subsistencia de los derechos accesorios (entre ellos, los de garantía).

Así, partiendo de la premisa de que las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad y, a la vista de la *desafortunada redacción* de los arts. 1203 y 1204 CC, la doctrina mayoritaria concluye

⁸¹ A salvo contadas excepciones [Sancho Rebullida (1964: 155 ss.); Fuenteseca Degeneffe (2000: 230 ss.); Cristóbal Montes (1973: 1167-1220); Gete-Alonso (1989: 303-320)], los autores se decantan por admitir que la novación puede tener por efecto la modificación de la obligación. Entre ellos y sin ánimo de exhaustividad: Clemente De Diego (1912); Azurza (1950: 590-615); Hernández Gil (1961: 797-807); Pérez y Alguer, 1966 (222-226); Reyes Monterreal (1960: 601-609); Manresa y Navarro (1967: 855 ss.); Castán Tobeñas (2008: 501 ss.); Díez-Picazo (2008: 958 ss.); Muñiz Espada (2011); Sacristán Represa (2013: 1-56); Clavería Gosálbez (2013: 427-434).

El Tribunal Supremo, por su parte, ha reconocido abiertamente que el concepto de novación se ha ampliado de forma considerable en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano, pues el Código civil también admite, junto a la novación en sentido estricto (novación extintiva) la meramente modificativa, «como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1207»: SSTS Sala 1.ª de 29 de abril de 1947 (RJ 1947\607), 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4104), 14 de octubre de 1967 (RJ 1967\3821), 16 de febrero de 1973 (RJ 1973\475), 29 de enero de 1982 (RJ 1982\335), 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6110), 7 de marzo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:1114), 21 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:5574), 7 de marzo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12722); 13 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17696), 31 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:22137), 23 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10388), 203/1996, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1655), 138/1999, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1290), 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647), 1263/2003, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8514), 112/2005, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1358), 311/2006, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1345), 1054/2008, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5808), 130/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:935), 536/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5096), 107/2013, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:853), 28/2015, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:257) y 41/2016, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:352). Aunque excepcionalmente, algunas resoluciones se inclinan por contraponer a la novación, como medio extintivo de obligaciones, el fenómeno de su modificación, llegando a poner en duda que la primera pueda producir efectos modificativos: SSTS de 24 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:1432) y 2/2000, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2000:214).

que la alteración de la originaria relación obligatoria puede implicar, bien la creación de una nueva en sustitución de la anterior, bien la subsistencia de la primera con la modificación pretendida. Es más, la novación solo producirá efecto extintivo cuando las partes hagan constar su *animus novandi*, ya sea de forma expresa mediante una *declaración terminante* en tal sentido, ya tácitamente a través del concierto de una nueva obligación que sea *de todo punto incompatible* con la anterior.

Sin embargo, como ya defendimos en otro lugar⁸², el art. 1203 CC (en el que principalmente se sustenta la idea de que la modificación puede ser uno de los dos efectos jurídicos que cabe asignar a la novación al enunciar que «[l]as obligaciones pueden modificarse: 1º *variando* su objeto o sus condiciones principales; 2º *sustituyendo* la persona del deudor; 3º *subrogando* a un tercero en los derechos del acreedor»), se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de que nada adicional reporta a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación *modificativa*.

Pues, en efecto, la novación presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de una segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: en este sentido, la *nova obligatio* no es sino el resultado de la *prior* modificada. Y esta es muy probablemente la razón de que el art. 1203 CC emplee el término «modificación», que no se dirige a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la novación sino a describir el mecanismo que conduce a ella⁸³, esto es, la alteración de algún aspecto de la obligación primitiva con la que dar satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el *aliquid novi* o necesaria disparidad entre la *prior* y la *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos, lo que viene a plasmar nuestro art. 1203 CC. Y a esta intelección coadyuva el análisis de los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración *sustancial* de la obligación recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, en presencia de terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa (o subrogación), que producida como consecuencia del pago por tercero de una deuda ajena (arts. 1209 y 1210 CC) o de la amortización anticipada del débito con dinero prestado por un tercer acreedor (art. 1211

⁸² Castellanos Cámara (2020: 197-309).

⁸³ Gete-Alonso (1989: 306 ss.).

CC), comporta la extinción del crédito satisfecho (por pago: *cfr.* arts. 1157 y ss. CC) y la transmisión al adquirido por el tercero (*solvens* o prestatario) de los privilegios y garantías del primero (arts. 1209 a 1213 CC)⁸⁴. El art. 1203 debe leerse, así, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción.

En el ámbito específico de la asunción de deuda, y teniendo en cuenta el contexto descrito, en absoluto sorprende que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria opten por atribuirle un efecto meramente modificativo, siguiendo con el argumento de que el art. 1203 CC permite a las obligaciones *modificarse* «sustituyendo la persona del deudor». Esta nueva orientación de la cuestión, que se aleja de la doctrina clásica que halla en la novación extintiva el único cauce para propiciar la transmisión de deudas *inter vivos* a título singular, se nutre de una serie de argumentos de orden doctrinal y legal⁸⁵. En cuanto a los primeros y partiendo de la conveniencia de admitir la transmisibilidad de las deudas para la vida útil, se alega que la desaparición de la concepción personalista del vínculo obligatorio que regía en Derecho clásico permite desvincularlo de los sujetos que integran la relación, en un entendimiento enteramente patrimonialista del vínculo. Además, si pueden transmitirse las deudas a título universal, ¿por qué no a título singular?; y, de igual forma, admitida como está la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas?

Por lo que hace a los argumentos legales, si bien se reconoce que el Código civil español no reglamenta la sucesión en las deudas (a diferencia del alemán: §§ 414 a 418 *BGB*), a pesar de que algunos autores quieran ver en el art. 1112 CC una regla general en favor de la transmisibilidad de los derechos (y, por extensión, de las obligaciones), se propone como marco normativo, en sintonía con la libertad de pactos (art. 1255 CC), precisamente el de la novación (con eficacia modificativa). En suma, la sustitución de la persona del deudor tendrá una eficacia extintiva o modificativa en función de cuál sea el *animus* o voluntad de las partes, incluyendo no solo la de los deudores llamados a sucederse sino asimismo la del acreedor, sin cuya anuencia no puede llevarse a cabo la alteración por exigencia del art. 1205 CC. Pues bien, si este, a quien más directamente afecta el cambio, pues con él muta el entero patrimonio que queda respondiendo de la deuda, presta su consentimiento no solo a la alteración sino a que la misma revista efectos meramente modificativos, ¿por qué no habría de permanecer la misma deuda?⁸⁶.

⁸⁴ Rey Portolés (1995: 47-48); Cañizares Laso (1996: 76 ss.); Fernández Villa (1999: 249 ss.); Bellod Fernández de Palencia (2000: 151-158); Galicia Aizpurua (2006: 51); Díaz Fraile (2007: 1781); Viteri Zubia (2013: 243 ss.).

⁸⁵ Sancho Rebullida (1964: 310 ss.).

⁸⁶ Clemente de Diego (1912: 287).

La razón principal de la negativa se halla en el concepto mismo y en la significación económica de la «deuda» y, por tanto, trasciende de la mera concepción personalista de la obligación, ciertamente hoy superada. En efecto, la deuda, que constituye el reverso del crédito, carece por sí misma de valor patrimonial positivo y presenta una diferencia insalvable con aquel: mientras el crédito es un activo en el patrimonio del acreedor sobre el que tiene derecho de disposición, la deuda forma parte del pasivo de un patrimonio, es una sujeción o limitación de la libertad de acción del deudor de la que no puede liberarse sino pagando⁸⁷. En suma: el hecho de que pueda transmitirse un crédito no significa que pueda hacerse lo mismo con una deuda, porque su naturaleza es bien distinta; de ahí que el acreedor pueda prescindir del consentimiento del deudor en la cesión de su crédito (arts. 1526 ss. CC) y, en cambio, el deudor deba necesariamente recabar el consentimiento del primero. Aún más, la deuda puede ser cedida sin que intervenga el antiguo deudor (art. 1205 CC), lo que demuestra claramente que no es él quien «cede» su deuda, ni el nuevo quien «sucede» jurídicamente al anterior, sino el acreedor quien, como verdadero titular del derecho, puede consentir un cambio en el patrimonio que constituye la garantía normal de su derecho (art. 1911 CC)⁸⁸. No obstante, el débito que un tercero contraiga para liberar al deudor inicial será otro distinto, aunque guarde estrecha relación con el primero⁸⁹.

En definitiva, no cabe apelar a la despersonalización del vínculo obligatorio ni fundar la cesión de deudas en su aparente (y solo aparente) identidad con la cesión de créditos. Como tampoco cabe inferir que, dado que las deudas pueden transmitirse a título universal, puedan hacerlo a título singular: en los supuestos de sucesión universal *mortis causa*, por la evidente razón de que el heredero no solo recibe las deudas sino conjuntamente con el resto de bienes del causante; así, el patrimonio que queda afecto es el mismo (el del finado) antes y después de la sucesión (al que podrá unirse el del heredero en aquellos casos en los que no se limite la responsabilidad). Por esta razón el acreedor

⁸⁷ Lacruz Berdejo et al. (2011: 311); Roca y Puig (2009: 363 ss.). Díez-Picazo (1996: 848) señala que a las razones de origen histórico que niegan que pueda llevarse a cabo una sustitución de deudores por la sola voluntad del deudor primitivo (solución que no ha sido propugnada, ni admitida, por ninguna legislación positiva, ni por ningún sector doctrinal), se unen otras nacidas de la misma naturaleza de las cosas y los criterios que deben presidir una justa composición de los intereses en juego, pues, en efecto, el cambio de la persona del deudor no afecta exclusivamente al antiguo y al nuevo obligado, sino que introduce una mutación importantísima en el derecho del acreedor y afecta de igual modo a los titulares pasivos de obligaciones accesorias, pues no es lo mismo responsabilizarse del cumplimiento de una persona que del de otra.

⁸⁸ Roca y Puig (2009: 364-365); Sancho Rebullida (1964: 315).

⁸⁹ Lacruz Berdejo et al. (2011: 311).

no ha de consentir la sucesión, al contrario de lo que sí ocurre cuando el cambio de deudor tiene lugar *inter vivos* y a título singular. Mas idéntica razón subyace cuando la transmisión se produce a título universal *inter vivos*: las deudas solo son transmisibles junto con el patrimonio al que gravan⁹⁰.

Por lo demás, en cuanto a los datos normativos, debemos tener en cuenta, primero, que de acuerdo a la propia dicción del art. 1112 CC, «[t]odos los *derechos* adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes...», o sea, que lo susceptible de cesión son los derechos y no las obligaciones, lo que confirma que el vínculo obligacional solo es transmisible desde el lado activo. En segundo lugar, la regulación del Código en torno a la novación por cambio de deudor difícilmente puede dar cabida a una intelección favorable al efecto modificativo, a saber, el art. 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para que pueda operar la novación, «que consiste en sustituirse un *nuevo deudor* en lugar del *primitivo*», mientras que el 1206 CC prevé como regla general la extinción de la acción del acreedor contra el deudor primitivo si el nuevo deviene insolvente, con la única excepción de que dicha insolvencia hubiera sido «anterior y pública o conocida del deudor», es decir, de que este hubiera actuado con dolo al delegar su deuda⁹¹, en cuyo caso la acción frente al primero *revive*⁹². A lo anterior se suma la regulación de los dos preceptos que les siguen: el 1207 CC, sistemáticamente ubicado tras la regulación del cambio de deudor y que impone la extinción de las obligaciones accesorias cuando la principal se extinga por efecto de la novación⁹³ y el

⁹⁰ Sancho Rebullida (1964: 317) cita para ilustrarlo un ejemplo de Lacruz Berdejo, respecto de la imposibilidad de un camión de transportar un agujero: en sí mismos, los agujeros no pueden transportarse porque no tienen existencia aislada, pero practicados en la materia sí; de hecho, un camión transporta muchos agujeros cuando lleva una carga de regaderas.

⁹¹ Gil Rodríguez (1988: 73-98).

⁹² Torralba Soriano (1974: 462-466), con cita de García Goyena, subraya que el art. 1205 CC se refiere, sin duda, a un tipo específico de delegación: «la delegación que entraña novación y, por tanto, extinción de la obligación del deudor primitivo», de ahí que aluda a que el acreedor *consiente en descargar al primitivo deudor*. Para estos casos, el art. 1206 CC establece un límite a la liberación del primitivo deudor: que la acción del acreedor, extinguida al aceptar al nuevo deudor, reviva en el supuesto de insolvencia de este último, o, más precisamente, que el consentimiento liberatorio se reputa ineficaz en estos casos.

⁹³ Castán Tobeñas (2008: 383).

Por lo que hace a la intelección del art. 1207 CC y a los problemas interpretativos que suscita, en otro lugar [Castellanos Cámara (2020: 293-302)] expusimos que la explicación más plausible para dotar de sentido al inciso final del precepto («sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento») es sencillamente la de entender que los *terceros* a los que se refiere el legislador son, antes que los garantes de una obligación ajena, aquellos que, por entrar a formar parte activa de la relación obligatoria en virtud del fenómeno de la subrogación, son favorecidos con (*se benefician de*) la subsistencia de las obligaciones accesorias. Pues, en efecto, solo hay unos *terceros* (que verdaderamente lo son respecto de la obligación novada) a los que *aprovecha* la subsistencia de las obligaciones accesorias: aquellos que, no por *pacto especial* como exigía el art. 1140 del Proyecto isabelino, sino por efecto de la *subrogación*, deseen conservar sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le

1208 CC, que convierte en nula la novación si lo fuere también la obligación primitiva⁹⁴, por la elemental exigencia de que en toda novación debe concurrir una *prior obligatio* válida y una *nova* que viene a ocupar su posición.

En fin, si los preceptos del Código no ayudan a predicar la libre transmisibilidad de las obligaciones, también es cierto que no la prohíben expresamente, y a ello se acoge en última instancia la doctrina para fundar su admisibilidad *ex art.* 1255 CC. A este respecto, existe consenso en que para que el acuerdo sea válido requiere, cuando menos, del consentimiento del acreedor y del nuevo deudor. El antiguo puede ser partícipe en el convenio o mantenerse al margen. Pero quienes no pueden ser excluidos son los titulares de los derechos accesorios constituidos en garantía de la deuda, caso de que existan y de que pretendan dejarse subsistentes. Así, estos sujetos, que normalmente concedieron las fianzas, prendas o hipotecas en consideración a la persona del deudor garantizado (bien por sus cualidades personales o por su solvencia), habrán de consentir su pervivencia en el supuesto de que se «transmita» la obligación principal, pues de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor, sobre todo si el nuevo resulta insolvente⁹⁵. Lo que comporta que, de no prestar consentimiento, actúe el efecto propio de la novación: la extinción de los derechos accesorios (art. 1207 CC)⁹⁶.

Lo anterior equivale a decir que la pretendida sucesión en la deuda requiere los mismos requisitos y ofrece la misma estructura que la novación subjetiva por cambio de deudor, es decir, demanda el mismo grado de consentimiento por parte de todos los sujetos (deudor, acreedor, fiadores, etc.) que el exigido para el nacimiento de una nueva obligación de *idem debitum* con distinto sujeto obligado. La cuestión que se plantea es, entonces, si acaso cabe asignar a dos instituciones con idénticos presupuestos, efectos tan dispares como la extinción y la conservación de la obligación primitiva. Como

daba al primer acreedor la primitiva obligación. Dicho de otro modo, *quienes, al amparo de los artículos 1210.1 y 1211 CC, se subrogan en los derechos del acreedor originario.*

⁹⁴ Sancho Rebullida (1964: 319).

⁹⁵ Jordano Barea (1950: 1372-1382); Roca y Puig (2009: 366-367). Esta exigencia se reclama incluso por quienes se muestran partidarios de la transmisión de la deuda sin novación [*vid.* por todos, Pérez y Alguer (1966: 418); De Cossio y Corral (1945: 195-196)], del mismo modo que se impone, p. ej., en el Derecho alemán (§ 418 *BGB*) y en *Code civil* francés (arts. 1327 a 1327-2). Así lo recoge igualmente nuestra jurisprudencia: el convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo constituye una disposición de derecho ajeno que, como tal, queda subordinada a la *ratihabito* del acreedor que subsana el defecto de legitimación [STS Sala 1.^a de 11 de diciembre 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681)].

⁹⁶ A este precepto, el 1207 CC, alude Díez-Picazo (1996: 454) para defender que cuando el antiguo deudor queda liberado de la obligación, ha de entender que el fiador queda libre también, habida cuenta de que «la asunción de la deuda significa una alteración sustancial de la base del negocio de fianza y de los términos y condiciones de la obligación del fiador», por lo que el fiador deberá otorgar un expreso consentimiento a la sustitución si se pretende que siga vinculado, ahora, a un nuevo deudor.

acertadamente apunta Sancho Rebullida (1964: 182), lo único que se consigue en realidad es cambiar de nombre a la vieja novación, dándole el de *sucesión*, para añadir que no se trata de verdadera sucesión jurídica⁹⁷.

Aún más, aun cuando todos aquellos sujetos (nuevo deudor, acreedor y terceros garantes) se muestren favorables a la identidad sucesoria, existirán siempre unos terceros cuya intervención dejará en evidencia la novación (extintiva), enmascarada por la convención de los interesados: los acreedores del nuevo deudor⁹⁸. Y es que en ningún caso cabría defender que aquellos queden postergados por un crédito que, aunque de fecha anterior, se haya incorporado al patrimonio del deudor común con posterioridad a la adquisición de su derecho⁹⁹. Antes bien, habrá que atender a la fecha en la que el nuevo obligado contrae el débito: solo a partir de ese instante se incorpora como pasivo a su patrimonio y puede su titular concurrir con los restantes acreedores en igualdad de condiciones¹⁰⁰. La novación actúa, entonces, como salvaguarda de los derechos de esos terceros, impidiendo que la fecha de la nueva deuda se retrotraiga a la de la primera obligación, que ha quedado, en rigor, extinta por efecto de aquella. En atención a ello, el efecto modificativo o extintivo de la «transmisión» de los débitos no puede quedar a la libre voluntad de las partes en tanto quedaría a su merced el sacrificio (o no) de los legítimos intereses de los sujetos afectados por la operación¹⁰¹, razón que impide, en suma, alcanzar el resultado al que sí conduciría una efectiva *sucesión jurídica* en la deuda.

⁹⁷ En el mismo sentido: De Cossio y Corral (1945: 196); Jordano Barea (1950: 1378); Castán Tobeñas (2008: 382).

⁹⁸ Sancho Rebullida (1964: 406).

⁹⁹ Esto podría ocurrir cuando el crédito *correlativo a la deuda asumida* y que aparentemente subsiste, goce de privilegio, p. ej., por constar en escritura pública, pues su prelación al entrar en concurso con otros créditos de igual clase debería venir determinada por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras (*cf.* art. 1924.3 CC).

¹⁰⁰ Esta misma solución rige en el sistema alemán, en el que por imperativo del § 418, los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido oponer en el concurso de acreedores contra el deudor, no pueden hacerse valer en el concurso del asumente, «lo que demuestra que se interpone una especie de membrana cuando la asunción puede perjudicar a los demás acreedores de aquel»: Rey Portolés (1995: 124).

Basozabal Arrue (2000: 146-149) se plantea, incluso, qué ocurre con la posición de aquel garante que consiente seguir obligado en favor del nuevo deudor y, en concreto, de qué forma esta decisión puede influir a sus acreedores, cuyas expectativas de cobro pueden variar en función de la identidad del nuevo deudor, pues aunque la obligación del garante ya existía con anterioridad a la asunción, «la expectativa de tener que pagar finalmente la deuda y las posibilidades de poder recuperarla a través del regreso contra el deudor pueden variar sustancialmente en función de la identidad de este». Por lo que termina concluyendo que «si la deuda asumida tiene de cara a los acreedores del asumente la fecha del contrato de asunción, parece razonable que sea esta también la de las garantías, respetando así (...) la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primitiva concesión de aquellas y anteriores a la renovación del consentimiento».

¹⁰¹ Como pone de manifiesto De Cossio y Corral (1945: 206), «el carácter patrimonial que en el Derecho moderno se reconoce a la obligación, no debe conducirnos a otorgar un favor incondicionado a la movilidad del tráfico con sacrificio de los legítimos intereses de cada uno de los sujetos afectados por la transmisión».

En consecuencia, las partes podrán en el marco de su libertad contractual configurarla «como si se tratase de la antigua», pero esta ficción no podrá imponerse frente a terceros ajenos al pacto, bien sean los titulares de las garantías y demás derechos accesorios de la primitiva obligación, bien los acreedores del nuevo deudor. De nada vale, entonces, sostener la subsistencia e identidad del vínculo obligatorio: mantener que la deuda no ha cambiado después de que ha pasado a otro deudor, está respaldada por un patrimonio distinto y ha dejado de estar revestida por los derechos accesorios de garantía, se queda, cuando menos, «en un intento infructuoso»¹⁰².

Por último, se ha apuntado como argumento en favor de la transmisibilidad la fórmula que consagran los arts. 642 - 643 CC y 118 LH. Sin embargo, los dos primeros preceptos, que regulan la donación hecha con imposición al donatario de la obligación de pagar las deudas del donante, plantean el problema de determinar entre quiénes surte efecto el convenio¹⁰³. De hecho, de su redacción en ningún momento se colige que el acreedor deje de tener acción frente al donante ni que este quede liberado de la deuda; al contrario, lo único que prevé la ley es que el donatario *pague* las deudas del donante, pero no que las *tome para sí*¹⁰⁴, de suerte que, si este último no cumple con la carga impuesta, seguirá debiéndolas el donante, que solo podrá optar entre exigir al donatario el cumplimiento de la carga o revocar la donación por incumplimiento (*cf.* art. 647 CC)¹⁰⁵. Si al pacto anterior se añade la «asunción de deuda» por el donatario, esta solo podrá llevarse a efecto mediando consentimiento del acreedor (art. 1205 CC)¹⁰⁶. De modo que retornamos al supuesto antes analizado: el acreedor consiente la liberación del deudor primitivo y la subsistencia del débito a cargo de un individuo distinto, pero la voluntad de estos tres sujetos no es suficiente para otorgar a la sucesión los efectos que jurídicamente deberían desprenderse de ella: podrá haber «sucesión» con eficacia *inter partes*, pero en ningún caso frente a terceros.

Por otro lado, el art. 118.I LH contempla la venta de finca gravada con hipoteca en la que las partes acuerdan que el comprador se subroga no solo en las responsabilidades derivadas de la carga sino también en la obligación personal con ella garantizada, en cuyo caso «*quedará el primero desligado de dicha obligación*, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito». Con lo que, *sensu contrario*, si el

¹⁰² Roca y Puig (2009: 385).

¹⁰³ Roca y Puig (2009: 387).

¹⁰⁴ Albaladejo García (1986: 294).

¹⁰⁵ Puig Ferriol (1996: 336).

¹⁰⁶ Albaladejo García (1986: 294); Díez García (2017: 425 ss.); Ragel Sánchez (2017: 446 ss.).

acreedor, para quién no es indiferente la persona del deudor, no presta su consentimiento, está claro que el antiguo deudor no se libera¹⁰⁷. Pues bien, en el inciso transcrito se constata que el art. 118 LH en nada contradice el 1205 CC¹⁰⁸; al contrario, se limita a reiterar la regla sobre el necesario consenso del acreedor, una vez más, insuficiente para procurar una efectiva transmisión en la deuda¹⁰⁹. Y eso que, como apostilla Sancho Rebullida (1964: 412), en este caso «los acreedores del asumente no ven alterada la responsabilidad de éste puesto que a su nueva deuda va aparejada la afección de un bien patrimonial del que antes carecía», en referencia, claro está, a la finca hipotecada adquirida, sugiriendo que puede no haber aquí terceros perjudicados por el pacto.

En conclusión, toda sustitución en la persona del deudor (art. 1203.2 CC), independientemente de la denominación que se confiera al acuerdo («cesión», «transmisión», «sucesión en la deuda», etc.), exige siempre la presencia del acreedor como efectivo titular del derecho de crédito y, por ende, único legitimado para disponer de él, así como la de los terceros garantes, en orden a la subsistencia de los derechos accesorios personales o reales de garantía, que de lo contrario sucumbirán frente al *proprio* (y único) efecto novatorio: la extinción.

III.1.2. La asunción cumulativa como novación «modificativa»

Tal y como acabamos de concluir, el análisis de los supuestos que enuncia el art. 1203 CC, entre ellos, singularmente, la sustitución de la persona del deudor, aboca a la conclusión de que el empleo del término «modificar» al comienzo de dicho precepto no responde a una imprecisión técnica del legislador; al contrario, todas las hipótesis

¹⁰⁷ Fernández Villavicencio Álvarez-Ossorio (2019: 1279-1281); Herbosa Martínez (2001: 168-169); Merino Gutiérrez (1995: 785).

¹⁰⁸ RDGRN 11034/2017, de 4 de septiembre (RJ 2017\4347).

¹⁰⁹ Lo mismo cabe apuntar respecto de la Ley 512 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que dice regular la «asunción de deuda» pero lo hace, como no podía ser de otro modo, dentro de los límites antedichos tanto respecto del acreedor como de los terceros garantes; así: «la asunción *no aceptada por el acreedor* no libera de responsabilidad al deudor en tanto no quede cumplida la obligación» y «los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento de la obligación *quedarán liberados por la asunción*, a no ser que hubieren prestado su consentimiento». En su análisis, Sabater Bayle (2020: 2175-2177) apunta que, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión del lado activo por convenio de cesión de crédito, en que no se precisa el consentimiento del deudor como presupuesto de validez (Ley 511 FN), en la transmisión pasiva no se produce la sustitución de la persona del deudor mientras no lo consienta el acreedor, por la sencilla razón de que para él no es indiferente quién sea la persona del deudor: «ello es consecuencia lógica del principio de responsabilidad patrimonial universal que impide asimilar la deuda originaria con la que resulta tras haber sustituido a la persona del deudor, ya que quedará respaldada por otro patrimonio distinto». Respecto de las garantías de la obligación, advierte, sin embargo, de la problemática característica de la asunción de deuda: en la Ley 512 FN no se mencionan las garantías accesorias (como la hipoteca), que podrían considerarse subsistentes debido a su carácter accesorio, pero esta interpretación contrasta con el efecto extintivo propio de la transmisión pasiva de la relación obligatoria.

enunciadas producen, en determinadas condiciones, la extinción de la obligación *modificada*, lo que, en última instancia, viene impuesto por la elemental necesidad de proteger a los terceros como límite a la autonomía de la voluntad de las partes¹¹⁰. La única razón que explica, entonces, por qué el legislador comienza la regulación de la novación como modo extintivo de las obligaciones afirmando que las mismas «pueden modificarse» consiste en que, en realidad, no está determinando cuál sea el efecto jurídico asociado a la novación –al que sí se refiere después en el art. 1207 CC y que, por lo demás, lleva de suyo su misma ubicación sistemática–; simplemente está aludiendo al mecanismo que puede dar lugar al efecto novatorio-extintivo: la novación solo puede alcanzarse mediante la *modificación* de una obligación primitiva que dé lugar a una nueva¹¹¹.

Esto explica que el legislador, que enumera la novación como una de las especies de extinción, no convierta en subespecie aquella que significa subsistencia¹¹². Nada más lejos de la realidad: la novación producirá siempre la extinción de la obligación inicial y el nacimiento de la que se constituye *per relationem*, mientras que la modificación como efecto jurídico podrá tener acomodo en otras normas del Código, pero no será nunca «novación». No procede, por tanto, arrastrar toda modificación al núcleo doctrinal de la novación y terminar confundiéndola con ella, como tampoco cabe hablar de la «novación modificativa» como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia. Es, por ello, inexacto calificar la asunción cumulativa o de refuerzo de novación modificativa y tratar de subsumirla en las normas reguladoras de la novación¹¹³.

Cierto es que el cambio que consiste en añadir a la obligación principal una accesoria de garantía aparece vinculado a la historia de la novación, pues ya en el Derecho romano clásico se cuestionaba en las escuelas jurídicas si, junto al supuesto típicamente novatorio (en el que, de acuerdo a la principal función transmisora de la institución, se producía la sustitución de alguno de los sujetos de la *prior obligatio*), cabía admitir una *novatio* objetiva cuando las partes convenían añadir o retirar un fiador (*sponsor*)¹¹⁴; supuesto que aparece después recogido en las Partidas¹¹⁵ y al que indirectamente se refiere García Goyena (1852: 152-155) en la glosa al art. 1134 del Proyecto de 1851,

¹¹⁰ Sancho Rebullida (1991: 667-669).

¹¹¹ Gete-Alonso (1989: 306).

¹¹² Sancho Rebullida (1964: 301).

¹¹³ Como lo hacen, p. ej., las SSTS Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:8654) y 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247).

¹¹⁴ Fuenteseca Degeneffe (2000: 26).

¹¹⁵ Libro III, Título XXIX (XXX), § 3, Instituciones.

aunque sea para negar que quepa presumir la voluntad de novar por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior, «pues que la cláusula tiene por objeto asegurar la ejecución del contrato, cuyo cumplimiento puede pedir el acreedor, no obstante la cláusula». Es más, en aquel supuesto se localiza el origen de un término desafortunado que se consolida durante el Derecho intermedio y que hoy nos resulta enteramente familiar: el de «novación impropia». Y es que, mediante él (y como consecuencia de una confusión que no es preciso relatar aquí¹¹⁶), terminan designándose aquellos supuestos en los que, existiendo una obligación previa, la ulterior simplemente accede a ella, como ocurre, p. ej., cuando a la obligación principal se le suma una accesoria de garantía.

No obstante, es claro que en aquellas hipótesis no había propiamente novación, al igual que no la hay cuando se incorpora una cláusula penal o una obligación accesoria de intereses, en cuyo caso el nuevo pacto solo viene en rigor a añadir una obligación nueva, dirigida a favorecer la ejecución de la principal u otorgarle mayor consistencia. No concurre aquí, sin embargo, uno de los requisitos imprescindibles para que tenga lugar la novación: el *aliquid novi* o alteración de algún elemento de una obligación previa (*cf.* art. 1203 CC). Pues, si bien es cierto que el pacto de una pena convencional o la constitución de una fianza, prenda o hipoteca, suponen una variación respecto de la relación obligatoria originaria, tal alteración ni se refiere a los elementos esenciales de la misma, ni forma parte de su estructura; viene, simplemente, a reforzar, en beneficio del acreedor, el crédito ante un eventual incumplimiento del deudor¹¹⁷. Si se tiene en cuenta, además, que estas relaciones obligatorias tienen una cierta independencia respecto de aquella a la que tienden a garantizar –aunque por su carácter accesorio decaigan cuando lo haga la principal (*cf.* arts. 1155 y 1207 CC)–, es evidente que no tienen la virtualidad de alterar la obligación principal, ni, mucho menos, de extinguirla¹¹⁸.

En definitiva, entre «liberar» a un deudor y «crear una obligación de refuerzo» no existe una diferencia específica sino una diversidad sustancial, por lo que no puede

¹¹⁶ *Vid.* Sancho Rebullida (1964: 100 ss.).

¹¹⁷ En este sentido, la STS Sala 1.ª de 28 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:596) concluye que cuando, sin alterar el objeto ni los sujetos de la obligación, el pacto se dirige al solo refuerzo de las garantías establecidas para el cumplimiento de la obligación, añadiendo nuevas seguridades, en modo alguno podrá dar lugar a la extinción de la obligación y al nacimiento de una nueva. Aunque la razón no sea tanto, como apunta la resolución, que las partes no hayan manifestado *animus novandi* ni exista incompatibilidad entre los distintos actos jurídicos –considerando que el posterior, antes que dejar sin efecto el anterior, lo refuerza y afianza con el objeto de llegar a la devolución al acreedor de la cantidad prestada–; sino, precisamente, porque falta el presupuesto de partida: la alteración sustancial de algún elemento de la *prior obligatio* (art. 1203 CC), exigencia insoslayable para entrar en el terreno de la novación, incluso con independencia de cuál sea la voluntad de las partes.

¹¹⁸ Gete-Alonso (1989: 313).

sostenerse que sean especies de un mismo género¹¹⁹. Por tanto, en los supuestos de asunción cumulativa de deuda no hay novación de ningún tipo ni, propiamente, sustitución de la persona del deudor (art. 1203.2º CC). En ella, y siguiendo las palabras del Tribunal Supremo, ni se extingue ni se modifica en sus elementos estructurales la obligación prístina, que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca¹²⁰, por lo que su régimen jurídico habrá que situarlo, sin duda, en otro lugar del Código.

III.2. Efectos de la asunción cumulativa de deuda

Lejos de la novación, el régimen jurídico de la asunción cumulativa de deuda debe buscarse partiendo de una doble vertiente: primero, desde la perspectiva de la relación jurídica que liga al deudor cumulativo con el codeudor; segundo, desde el punto de vista de la relación jurídica que une al deudor cumulativo con el acreedor y con los terceros que hubieren constituido una caución, previo a la acumulación, en garantía de la obligación primitiva.

III.2.1. Relaciones internas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al codeudor

Al objeto de determinar cuál es el régimen que guiará las relaciones internas entre el asumente cumulativo y el deudor habrá que partir, en todo caso, del entramado de relaciones jurídicas que les une pues, en efecto, podría darse la circunstancia de que el asumente sea el único obligado internamente (sea cuál sea la razón: porque con ello pretende prestar dinero al deudor –*credendi causa*– o satisfacer una deuda propia –*solvendi causa*–, porque actúa movido por un mero ánimo de liberalidad –*donandi causa*–¹²¹, o simplemente porque la acumulación de deudores es consecuencia de haber quedado frustrada la asunción liberatoria por oposición del acreedor), como que no lo sea en absoluto porque en realidad ha aceptado una posición de mero garante.

En este último supuesto, *cuando no existe un deber específico en las relaciones internas* y la asunción cumple una función de garantía similar a una fianza, *o, aun*

¹¹⁹ Carrasco Perera (1992: 160-161).

¹²⁰ SSTS Sala 1.ª de 21 de diciembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1632) y 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428).

¹²¹ Gálvez Criado (2021: 396).

existiendo aquel deber, el asumente no sea el único obligado al cumplimiento, se plantea una cuestión de sumo interés cuando el pago de la deuda se lleva a cabo íntegramente por él, cuál es, como puede advertirse, la de determinar hasta qué punto y en qué medida el deudor cumulativo dispone bien de una acción de reembolso frente al codeudor, bien de la subrogación.

Pese a la discusión doctrinal que existe en torno a la naturaleza jurídica de esta última institución¹²², si asumimos que la misma no es sino un «premio» que el legislador concede solo en favor de los sujetos que reúnen unas ciertas condiciones¹²³ y que consiste, pese a la literalidad del art. 1212 CC, en permitir la subsistencia de los accesorios y garantías del crédito pagado para aprovechamiento y refuerzo del que ha nacido en cabeza de quien haya realizado o procurado el pago –léase, en este caso, el derecho de reembolso del deudor cumulativo–, habremos de concluir que no todo asumente podrá disponer de la subrogación, y que la extensión de su derecho de regreso dependerá de la verdadera relación interna que medie entre los coobligados. Y ello, con independencia del recurso a los arts. 1838 y 1839 CC, previstos para el fiador *solvens*, el art. 1145.II CC en materia de solidaridad, o los arts. 1158 y 1159 CC en el ámbito del pago por tercero, pues, en todo caso, las opciones de regreso y subrogación del fiador que salda una deuda ajena, del codeudor solidario *solvens* y del tercero que paga por cuenta de otro, parten, todas ellas, de un mismo esquema.

A aquellos dos primeros sujetos se refiere, en concreto, el art. 1210.3º CC al señalar que habrá subrogación «cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación...», si se entiende, en efecto, que el *interés* se mide en función del grado de vinculación (mayor o menor, directo o indirecto) que el sujeto guarda con la obligación de cuyo pago se trata, de suerte que, sin ser deudor principal (o único deudor principal) el acreedor pueda dirigirse frente a él ante el incumplimiento de la misma¹²⁴. En esa circunstancia se encuentran, sin duda, entre otros sujetos, el fiador, el codeudor solidario¹²⁵ y, por supuesto, el deudor cumulativo. Sin embargo, como veremos a continuación, el hecho de que el precepto se refiera a todos ellos conjuntamente, no

¹²² *Vid.* a este respecto las conclusiones que expusimos en Castellanos Cámara (2020: 255-281).

¹²³ Galicia Aizpurua (2006: 45-64).

¹²⁴ Galicia Aizpurua (2006: 87).

¹²⁵ A este sujeto parece referirse especialmente el art. 1210.3º *in fine* CC, cuando exceptúa «los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda», pues, en efecto, de ello se colige que el interesado en la obligación en el sentido del art. 1210.3º CC puede ser un obligado, a quien corresponde una «porción» en la deuda (en la cual se produce la confusión): Díez-Picazo (1996:215). Nótese que lo mismo podría sostenerse en relación al deudor cumulativo obligado internamente al pago de una parte de la deuda.

implica que tengan siempre y en todo caso derecho a la subrogación, lo que solo acontecerá bajo determinadas circunstancias.

Así, si el asumente cumulativo se ha constituido en tal por indicación del codeudor, es evidente que, en tanto que mandatario suyo, y comoquiera que ha pagado una deuda total o parcialmente ajena, dispondrá frente a él de un derecho de reembolso¹²⁶ que le procurará una absoluta indemnidad, de suerte que la reclamación podrá comprender no solo el valor de la prestación sino también todos los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiera podido sufrir (*vid.* los intereses de las cantidades anticipadas en concepto de lucro cesante), a lo que ha de añadirse que el asumente se subrogará en los privilegios y garantías correspondientes al débito saldado¹²⁷. Pues, en efecto, el deudor cumulativo (que se une con vínculo de solidaridad frente al acreedor) al tiempo que cumple una obligación propia (el acreedor puede exigirle el todo), paga también una deuda parcial o totalmente ajena (si, pese a entrar a formar parte del grupo de deudores, no adeuda personalmente nada al acreedor o solo una parte)¹²⁸. Debe aplicarse, en consecuencia, la regla general de que quien paga una deuda ajena puede reclamar al verdadero deudor lo que por él ha pagado (art. 1145.II CC), pero, además, si la hipótesis se presenta bajo la forma de una *negotiorum gestio*, podría regresar con la naturaleza y extensión de la *actio contraria* (arts. 1728 y 1729 CC) o, si se prefiere mediante la prevista *ex* arts. 1838 y 1839 CC (simplificación de la anterior), aplicable directa¹²⁹ o analógicamente¹³⁰.

El mismo régimen cabría asignar, por lo demás, al asumente cumulativo que, pese a la ignorancia del codeudor (p. ej., cuando interviene a resultas del solo pacto con el

¹²⁶ Gálvez Criado (2007: 77).

¹²⁷ En cuanto al alcance del efecto subrogatorio o, en otras palabras, cuáles son los accesorios de la deuda saldada que el asumente podrá aprovechar, como ocurre en el caso deudor solidario *solvens*, no podrá subintrar en las garantías que los terceros hayan prestado para refuerzo del todo o parte de la deuda en sí misma considerada y obviando las relaciones internas entre los codeudores pues, en efecto, el pago realizado por cualquiera de ellos extingue la deuda y hace desaparecer definitivamente aquellas (*cf.* art. 1145 CC). Sí podrá aprovechar, en cambio, el rango y privilegio del crédito liquidado, así como las garantías otorgadas por los codeudores contra los que pueda regresar o por los terceros, siempre que estén dirigidas a asegurar, no solo el débito en sí, sino específicamente la parte correspondiente al codeudor frente al que se dirige el recobro: Galicia Aizpurua (2006: 103-104). Claro está, si el asumente realiza solo un pago parcial y, por ende, el crédito se extingue únicamente en esa medida pero subsiste para el acreedor por el resto, este último tendrá preferencia en el uso de las garantías frente al asumente subrogado, pues así lo contempla expresamente el art. 1213 CC [Gálvez Criado (2021: 400)].

¹²⁸ Galicia Aizpurua (2006: 94).

¹²⁹ Carrasco Perera (1992: 169). En esto parece estar pensando, en concreto, la Propuesta de Código civil de la APDC, a la vista de la remisión que el art. 514-11.2 realiza a las normas del contrato de fianza cuando la asunción de deuda por un tercero se produzca sin la liberación del deudor originario.

¹³⁰ Galicia Aizpurua (2006: 96); Ragel Sánchez (2017: 453), para la hipótesis del donatario asumente (*cf.* arts. 642 y 643 CC).

acreedor), se convierte en gestor oficioso de aquel y paga la deuda total o parcialmente ajena pues, en efecto, a quien interviene como gestor de un negocio ajeno hay que reconocerle el derecho de reembolso en toda su extensión, ahora bien, siempre que acredite que el pago ha sido *útil* para el codeudor, es decir, le ha proporcionado un efectivo beneficio patrimonial¹³¹; lo que no sucederá cuando haya omitido oponer frente al acreedor las excepciones que hiciesen jurídicamente inexigible la deuda (*cfr.* arts. 1148; 1840 CC).

Por último, si el asumente cumulativo se ha integrado en la relación jurídica contra la oposición del deudor, pagada la obligación solo podrá repetir en la medida del enriquecimiento que haya procurado al codeudor (art. 1158.III CC), al haberse inmiscuido, desde la constitución de la caución, en una esfera jurídica ajena en contra de la voluntad del interesado¹³², lo que le resta la posibilidad de alcanzar una total indemnidad tras su intervención *invito debitoris* y la de acceder a la subrogación. Esta misma solución se aplicará, por lo demás, cuando el asumente actúe anteponiendo su interés propio al del codeudor o, dicho de otro modo, cuando tenga un interés prevalente al de aquel (p. ej., el socio de una mercantil de carácter eminentemente familiar que asume solidariamente la deuda contraída por esta, cuya actuación en el tráfico jurídico ha sido realizada, desde el momento de su fundación, por los tres socios ligados por estrechos vínculos de parentesco¹³³; o la esposa que asume la deuda impagada por su marido insolvente y de cuyo negocio de compraventa de vehículos usados participa hasta el punto de recepcionar los vehículos en el taller del que es dueña¹³⁴), pues no cabe, en estos casos, reconocer al deudor cumulativo *solvens* la vía subrogatoria en detrimento del resto de acreedores del codeudor, a quienes se desplazaría el peligro de insolvencia del mismo. Tampoco procede, en fin, la subrogación en aquellos supuestos en que el acreedor haya tenido que recurrir a la vía ejecutiva, considerando que el legislador concede la misma en méritos de quien coopera con el acreedor para la satisfacción de su crédito y no de quien muestra una actitud rebelde al cumplimiento¹³⁵.

Si, por el contrario, *en la esfera interna el asumente es el único obligado a pagar*, ninguna duda cabe de que, cuando lo haga, estará cumpliendo un específico deber para con el deudor y surgirán entre ellos, en su caso, aquellas acciones derivadas del contrato

¹³¹ En el ámbito del codeudor solidario *solvens*, Díez-Picazo (1996: 215 ss.); Galicia Aizpurua (2006: 98).

¹³² Galicia Aizpurua (2006: 106-110).

¹³³ STS Sala 1.ª 1192/1994, de 30 de diciembre (RJ 1994\10243).

¹³⁴ STS Sala 1.ª 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236).

¹³⁵ Galicia Aizpurua (2006: 106 y 117).

celebrado (p. ej., tratándose de una asunción *credendi causa*, las nacidas del préstamo); de la misma forma que, si el asumente finalmente incumple aquel deber y es el deudor quien responde frente al acreedor, puede haberse producido un incumplimiento contractual que faculte al deudor a exigir, entre otras cuestiones, una indemnización de daños y perjuicios *ex art.* 1101 CC¹³⁶. Es claro, en cualquier caso, que si el asumente satisface la obligación solidaria en tanto que «definitivamente obligado» al pago, quedará de todo punto excluido el ejercicio de la acción de regreso¹³⁷.

III.2.2. Relaciones externas: régimen jurídico que vincula al deudor cumulativo frente al acreedor y los terceros garantes

La primera cuestión que se plantea en el ámbito de las relaciones externas que vinculan al acreedor con el deudor cumulativo es la de si rige, o no, la subsidiariedad o, dicho de otro modo, si el previo incumplimiento del deudor es presupuesto para que el acreedor pueda dirigirse frente al deudor cumulativo. En este sentido, y sin perjuicio de la intelección que se sostenga en torno al alcance de la subsidiariedad en la fianza, en el conocidísimo debate sobre si este rasgo es consustancial a todo tipo de fianza o, por el contrario, no está presente en la solidaria¹³⁸, lo cierto es que el asumente cumulativo, en lugar de obligarse como fiador, ha optado por presentarse ante el acreedor asumiendo la posición de un deudor solidario y alguna consecuencia debe, sin duda, anudarse a dicha decisión: el deudor cumulativo pierde, a nuestro juicio, la subsidiariedad y puede ser intimado a cumplir sin esperar a que se produzca un previo incumplimiento del deudor (arts. 1137, 1144, 1145.I CC)¹³⁹. Pues, en efecto, aun cuando el asumente, en sus relaciones internas con el deudor, venga ocupando una posición de mero garante y haya

¹³⁶ Gálvez Criado (2021: 399).

¹³⁷ Cristóbal Montes (1991: 1441); Galicia Aizpurua (2006: 95).

¹³⁸ En concreto, se trata de determinar si beneficio de excusión y subsidiariedad son una y la misma cosa; de ser así, y comoquiera que en la fianza solidaria no goza el fiador del beneficio de excusión (art. 1830 CC), tampoco la obligación fideusoria sería subsidiaria [*vid.* Pérez Álvarez (1985: 90-97)]. Si, por el contrario, se entiende que el beneficio de excusión hace referencia a la necesidad de que el acreedor persiga los bienes del deudor pudiendo recurrir al garante solo cuando la persecución haya sido infructuosa, mientras que la subsidiariedad exige tan solo el previo incumplimiento de la obligación principal para la ejecución de la obligación del fiador, es claro que subsidiariedad y solidaridad dejan de ser incompatibles; en este sentido, toda fianza (incluso la solidaria) es, con carácter general, subsidiaria, aunque quepa renunciar también a esta nota [Carrasco Perera et al. (2022: 87-88; 121-122; 167-169)].

¹³⁹ Puig Ferriol (1996: 338); Pérez Ramos (2015: 294, 336-338); Gálvez Criado (2021: 381). Por esta solución se decanta también Carrasco Perera et al. (2022: 170) como única diferencia que halla entre el asumente cumulativo –que se obliga a responder solidariamente con otro codeudor– y la fianza: «cuando un tercero decide asumir *ex post* la deuda ya constituida en cabeza ajena, esta asunción puede interpretarse como una renuncia no solo al beneficio de excusión sino a la misma subsidiariedad», aunque se trata solo de una regla presuntiva.

asumido la deuda a los solos fines de refuerzo, no puede desconocerse que para el acreedor la composición de intereses entre los codeudores es *res inter alios*; ante él (y ante los terceros) ha asumido un débito en calidad de obligado solidario que debe cumplir *en su totalidad* y, por tanto, es en el ámbito externo mero deudor con interés directo en el cumplimiento de la obligación, mientras que, quien actúa como garante, entiende asumir una obligación accesoria y aparece en el tráfico como individuo extraño a la deuda asegurada¹⁴⁰. En definitiva, «no es lo mismo querer garantizar que querer obligarse solidariamente asumiendo la deuda de otro»¹⁴¹.

Admitido, entonces, que el acreedor puede agredir directamente el patrimonio del deudor cumulativo, surge una segunda cuestión, a saber, la del régimen de excepciones que este último puede eficazmente oponer frente al acreedor. En este sentido, se sostiene, con carácter general, que el asumente cumulativo podrá oponer: i) las que deriven del contrato que da origen a la asunción de la deuda; ii) las que personalmente pueda tener con el acreedor en razón de otras relaciones que medien entre ambos; y iii) en cuanto a las derivadas de la relación de valuta, es decir, la que une al acreedor con el primer deudor, es preciso distinguir entre las excepciones comunes o «reales», que podrá reclamar en tanto que inherentes a la deuda (*cf.* arts. 1143 y 1156 CC); y las personales y puramente personales del deudor (*cf.* arts. 1148 y 1853 CC). En torno a estas últimas se plantea fundamentalmente el problema de si cabe realizar una interpretación conjunta de los arts. 1148 y 1853 CC¹⁴² o, por el contrario, es menester optar entre una de las dos regulaciones¹⁴³ a la vista de su distinta literalidad: así, mientras el 1148 permite al deudor solidario utilizar las excepciones que «personalmente correspondan a los demás» solo «en la parte de la deuda de que éstos fuera responsables», el 1853 priva al fiador de la posibilidad de oponer las excepciones «que sean puramente personales del deudor». Quizá la diferencia no sea, sin embargo, tal, si se entiende que las excepciones puramente personales quedan fuera de la facultad que otorga el art. 1148 *in fine*, al igual que ocurre en la fianza¹⁴⁴. De modo que, aplicando esa misma regla al deudor cumulativo, podrá oponer determinados hechos afectantes al deudor principal (*vid.* los vicios del

¹⁴⁰ Galicia Aizpurua (2006: 103).

¹⁴¹ Infante Ruiz (2004: 151); Adame Martínez (1996: 215).

¹⁴² A favor, Basozabal Arrue (2000: 123) y Carrasco Perera (1992: 170), que aunque se postula por aplicar las normas propias de la fianza, entiende que la solución viene a coincidir con el art. 1148 CC en una lectura coordinada de ambos preceptos.

¹⁴³ A favor de aplicar las normas propias del deudor solidario y no las del fiador se muestran, en concreto, Infante Ruiz (2004: 148), Adame Martínez (1996: 214, 444 ss.) y Pérez Ramos (2015: 342 ss.).

¹⁴⁴ Caffarena Laporta (1980: 59-62).

consentimiento que haya podido sufrir al contraer la deuda) pero no otros como los relacionados con la falta de capacidad o minoría de edad de aquel¹⁴⁵. Además, la medida en que pueda oponer las excepciones personales del codeudor dependerá de la distribución de la deuda internamente: si el deudor originario es el único obligado, el asumente podrá oponer por el todo de la deuda, considerando que esa es «la parte de la deuda en que es responsable» (*cf.* art. 1148 CC), con lo que la solución vendría a coincidir con la del art. 1853 CC para la fianza¹⁴⁶.

Por último, en el ámbito de las relaciones externas y propiamente con los terceros que hubiesen garantizado el débito antes de la acumulación, se plantea si en alguna medida puede afectar a estos la aparición del deudor cumulativo y, en consecuencia, qué régimen han de seguir las obligaciones accesorias. En este sentido, se considera, con carácter general, que la asunción les beneficia, en la medida en que el acreedor puede agredir el patrimonio del nuevo deudor y este, a su vez, aportar nuevos garantes, con lo que, desde esa perspectiva, disminuyen las probabilidades de que les corresponda a ellos cumplir como garantes; sin embargo, se advierte asimismo que la comunicación de responsabilidad que se produce entre ambos codeudores (*cf.* art. 1147.II CC) podría suponer para el garante un riesgo adicional en caso de mora, insolvencia o incumplimiento¹⁴⁷, de ahí que se concluya que quien haya prestado caución, en los supuestos de asunción cumulativa, continúa garantizando solo la obligación del antiguo deudor¹⁴⁸; una solución que se presta acorde, por lo demás, al principio de relatividad de los contratos (*cf.* art. 1257 CC)¹⁴⁹.

IV. CONCLUSIONES

1. La asunción cumulativa de deuda es una construcción doctrinal y jurisprudencial que toma como punto de partida la asunción de deuda liberatoria y, por ende, hunde sus raíces en la novación (arts. 1203 y ss. CC), entendida esta por la *communis opinio* en un sentido amplio y como sinónimo de «modificación». Esta figura se construye, por lo demás, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), con lo que, a falta de autorregulación por las partes, doctrina y jurisprudencia

¹⁴⁵ Gálvez Criado (2021: 383-396).

¹⁴⁶ Carrasco Perera (1992: 170).

¹⁴⁷ Díez-Picazo (1996: 211) explica que, aunque estos supuestos no han sido recogidos en el Código, la regla establecida para los casos de imposibilidad sobrevenida debe aplicarse también a todo lo que suponga violación del derecho de crédito (mora, cumplimiento defectuoso, etc.).

¹⁴⁸ Díez-Picazo (1996: 454); Rubio Garrido (2002: 219).

¹⁴⁹ Gálvez Criado (2021: 383).

buscan soluciones en el régimen jurídico de las obligaciones solidarias o de la fianza, cuando no de ambas.

2. Pese a los intentos por ampliar los confines de la novación y encajar en ella la ansiada *transmisión pasiva de las obligaciones*, una recta (y detenida) lectura de la normativa reguladora de la institución demuestra que solo cabe adjudicar a ella un efecto jurídico: el extintivo-constitutivo. De ello da muestra, singularmente, la «sustitución de la persona del deudor» (art. 1203.2º CC), que solo *inter partes* podrá articularse como sucesión en el débito, pero no frente a los terceros cuyos intereses está llamada a proteger la novación (en tanto límite a la autonomía privada); ante ellos (terceros garantes, acreedores del nuevo deudor) quedará desenmascarada la novación para salvaguarda de su posición jurídica: el débito contraído por el nuevo deudor será considerado, a estos efectos, una nueva obligación.

3. La novación «modificativa» carece de todo sustento legal y encierra un contrasentido en sí misma. Dirigida ahora toda modificación al núcleo doctrinal de la novación, termina confundándose con ella y restando virtualidad práctica a esta institución. No hay, sin embargo, en la asunción (liberatoria ni cumulativa), novación modificativa alguna, como tampoco, en esta última, alteración de ningún elemento de la obligación prístina, sino mera adición de una nueva obligación para refuerzo y satisfacción del crédito del acreedor.

4. La asunción cumulativa cumple, las más de las veces, una función de garantía similar a una fianza, que se presenta frente al acreedor al modo de una obligación solidaria (asumida, en ocasiones, tardíamente). En consecuencia, a ella se aplican directa o analógicamente las normas sobre la fianza o las obligaciones solidarias, en aras a colmar el vacío normativo que deriva de la ausencia de disposiciones de las partes en uso de la autonomía de la voluntad.

5. La conclusión anterior lleva a cuestionarnos, entonces, si es procedente admitir, como vienen haciéndolo doctrina y jurisprudencia, esta y otras muchas y heterogéneas formas de garantía personal diferentes de las legalmente tipificadas, en muchos casos inspiradas en mecanismos de garantía difundidos en la práctica comercial extranjera¹⁵⁰. Desde luego, si el recurso a esta figura se explica con el propósito de lograr mayor agilidad y flexibilidad en la determinación de su contenido, mayor eficacia e

¹⁵⁰ Angulo Rodríguez (1993: 11).

inmediatez a la hora de hacer efectiva la garantía¹⁵¹, o, simplemente, el empleo de fórmulas de amplia vaguedad que permita moderar el diferente grado de compromiso que se quiere asumir¹⁵², es un propósito alcanzado con creces. Ahora, se abre aquí un campo infinito a la «labor de ingeniería del jurista» cuyos límites no distan mucho de los de la imaginación humana¹⁵³.

Bibliografía

- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (1996). *Asunción de deuda en el Derecho civil*. Ed. Comares, Granada.
- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (1995). «30 de diciembre de 1994. Fianza y asunción cumulativa de deuda. diferencias. Asunción por socio de una cláusula penal». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 38 (pp. 653-667).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, T. II. Ed. Edisofer, Madrid (14.^a edic.).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1986). «Comentario a los artículos 642 y 643 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), T. VIII, Vol. 2. EDERSA, Madrid (pp. 287-302).
- ÁLVAREZ JOVEN, A. (1983). «El aspecto contractual de la asunción de deuda». *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), 2 (pp. 289-326).
- ANGULO RODRÍGUEZ, L. (1993). «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas». *Revista Jurídica del Notariado*, nº 7 (pp. 9-32).
- AZURZA, P. J. (1950). «Notas sobre novación». *Revista de Derecho Privado*, T. XXXIV (pp. 590-615).
- BASOZABAL ARRUE, X. (2000). «El contrato de asunción de deuda». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 83-160).
- BATUECAS CALETRÍO, A. (2017). «Asunción de deuda *donandi causa*», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir.: M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1181-1211).
- BATUECAS CALETRÍO, A. (2007). «La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Privado*, 2 (pp. 71-92).
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2000). *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (1980). *La solidaridad de deudores*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

¹⁵¹ Recuérdese que en la asunción cumulativa se descarta por completo la nota de subsidiariedad presente en la fianza.

¹⁵² Font Galán (2009: 437).

¹⁵³ Angulo Rodríguez (1993: 31-32).

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (2003). *La asunción de deuda*. Ed. Bosch, Barcelona (pp. 17-36).
- CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*. Ed. Civitas, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (4.^a edic.).
- CARRASCO PERERA, Á. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Ed. La Ley, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral*, T. III. Ed. Reus, Madrid (17.^a edic., revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO).
- CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargas y novaciones hipotecarias*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (1999). *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H. (2013). «Notas sobre la denominada novación de las obligaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Coord., M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH). Ed. Dykinson, Madrid (pp. 427-434).
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1912). *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1991). “El derecho de regreso en la solidaridad de deudores”. *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1433-1452).
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1973). «La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 498 (pp. 1167-1220).
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1968). «La cesión de contrato». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 851-890).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1997). «Cesión del arrendamiento y subarriendo», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, T. I. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid (pp. 97-123).
- DE COSSIO Y CORRAL, A. (1945). «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1 (pp. 183-206).
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2007). «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria». *Diario La Ley*, 6727 (pp. 1769-1782).
- DÍEZ GARCÍA, H. (2017). «Imposición al donatario del pago de las deudas», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir., M^a.A. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 411-438).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II: *Las relaciones obligatorias*. Ed. Civitas, Madrid.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, v. III. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- FERNÁNDEZ VILLA, J. (1999). *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*. Ed. Comares, Granada.

- FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C. (2019). «Comentario a los artículos 117 a 127 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir., A. DOMÍNGUEZ LUELMO). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (3ª edic.) (pp. 1274-1314).
- FONT GALÁN, J. I. “Los contratos mercantiles de garantía”, en *Derecho Mercantil II* (Coord.: G. Jiménez Sánchez). Ed. Ariel, Barcelona (13.ª edic.) (pp. 435-464).
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2000). *El problema de la relación entre «novatio» y «delegatio» desde Roma hasta las codificaciones europeas*. Ed. Dykinson, Madrid.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2006). *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2021). «La asunción cumulativa de deuda como contrato de garantía», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil* (Dir., J. C. ESPIGARES HUETE y G. J. VELASCO FABRA). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 357-407).
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2007). *La asunción de deuda en el Derecho civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA-AMIGO, M. (1964). *La cesión de contratos en el derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1969). «La sucesión en las deudas a título singular», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II. Ed. Universidad de Navarra, Pamplona (pp. 209-226).
- GETE-ALONSO, M. C. (1990). «Comentario a la Sentencia de 5 de noviembre de 1990». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (pp. 1179-1191).
- GETE-ALONSO, M. C. (1989). «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Ed. Universidad de Murcia, Murcia (pp. 303-320).
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1988). *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Ed. Tecnos, Madrid.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2013). «Transmisión pasiva de las obligaciones», en *Acciones civiles*, T. II (Dir. E. LLAMAS POMBO). Ed. La Ley, Madrid (pp. 59-174).
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2001). *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1961). «El ámbito de la novación objetiva modificativa». *Revista de Derecho Privado*, t. XLV (pp. 797-807).
- INFANTE RUIZ, F. J. (2004). *Las garantías personales y su causa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- JORDANO BAREA, J. B. (1992). «Las obligaciones solidarias». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 847-874).
- JORDANO BAREA, J. B. (1950). «Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950», *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1372-1382).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2011). *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I. Ed. Dykinson, Madrid (5.ª edic., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández).

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1999). *Curso de Derecho civil*, II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2.ª edic.).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1967). *Comentarios al Código civil español*, T. VIII, Vol. I (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ). Ed. Reus, Madrid (6.ª edic.).
- MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L. (1998). «Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 37 (pp. 225-256).
- MASIDE MIRANDA, J. E. (2008). «La asunción de deuda». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 (pp. 1961-2000).
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). «Hipoteca y asunción de deuda». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (pp. 779-787).
- MORETÓN SANZ, F. (2008). *La asunción espontánea de deuda*. Ed. Lex Nova, Valladolid.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2008). «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español: la *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales». *Anuario de Derecho Civil* (pp. 619-719).
- MUÑIZ ESPADA, E. (2011). *Revisión crítica de la figura de la novación*. Ed. Fundación Registral, Madrid.
- PÉREZ RAMOS, C. (2015). «El deudor garante». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55 (pp. 247-392).
- PÉREZ, B. y ALGUER, J. (1966). Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de ENNECCERUS, L. (11.ª revisión por LEHMANN, H.), *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, v. I (al cuidado de PUIG BRUTAU, J.). Ed. Bosch, Barcelona (2.ª edic.).
- PUIG FERRIOL, L. (1996). «Asunción de deudas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 8 (pp. 323-358).
- PUIG PEÑA, F. (1976). *Compendio de Derecho civil español*, t. III. Ed. Pirámide, Madrid (3.ª edic.).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). «Responsabilidad del donatario frente a los acreedores del donante», en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Dir.: M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 439-457).
- REY PORTOLÉS, J. M. (1995). «La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid (pp. 117-152).
- REYES MONTERREAL, J. M. (1960). «Esencia de la novación». *Revista Jurídica de Cataluña*, 5 (pp. 601-609).
- ROCA, R. M. y PUIG, J. (2009). «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Estudios de Derecho Privado*, t. I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 361-388).

- RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*. Ed. Comares, Granada.
- SABATER BAYLE, E. (2020). «Comentario a la Ley 512», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (Dir.: E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (2.ª edic.) (pp. 2175-2177).
- SACRISTÁN REPRESA, G. (2013). «Novación», en *Acciones civiles*, t. II (Dir.: E. Llamas Pombo). Ed. La Ley, Madrid (pp. 1-56).
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*, t. IV. Madrid (2.ª edic.).
- SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones*. Ed. Nauta, Barcelona.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G. (1987). «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español». *La Ley*, 4 (pp. 1089-1116).
- TORRALBA SORIANO, V. (1974). «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico-crítico)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, t. II. Ed. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia (pp. 453-473).
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1937). *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid (4.ª edic.).
- VITERI ZUBIA, I. (2013). *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Relación jurisprudencial

- STS Sala 1.ª de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946\254)
- STS Sala 1.ª de 29 de abril de 1947 (RJ 1947\607)
- STS Sala 1.ª de 10 de febrero de 1950 (RJ 1950\194)
- STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\3150)
- STS Sala 1.ª de 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4104)
- STS Sala 1.ª de 14 de octubre de 1967 (RJ 1967\3821)
- STS Sala 1.ª de 16 de febrero de 1973 (RJ 1973\475)
- STS Sala 1.ª de 11 de diciembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4681)
- STS Sala 1.ª de 29 de enero de 1982 (RJ 1982\335)
- STS Sala 1.ª de 7 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:16)
- STS Sala 1.ª de 10 de enero de 1983 (RJ 1983\161)
- STS Sala 1.ª de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6110)
- STS Sala 1ª de 8 de octubre de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:140)
- STS Sala 1.ª de 28 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:596)
- STS Sala 1.ª de 17 de junio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1941)
- STS Sala 1.ª de 21 de diciembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1632)
- STS Sala 1.ª de 7 de marzo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:1114)
- STS Sala 1.ª de 7 de noviembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:6067)
- STS Sala 1.ª de 9 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6298)

STS Sala 1.^a de 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2257)
STS Sala 1.^a de 1 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9678)
STS Sala 1.^a de 15 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7370)
STS Sala 1.^a de 27 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:18210)
STS Sala 1.^a de 16 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:16263)
STS Sala 1.^a de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991\2428)
STS Sala 1.^a de 6 de junio de 1991 (RJ 1991\4421)
STS Sala 1.^a de 27 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:17247)
STS Sala 1.^a de 21 de octubre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:5574)
STS de 24 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:1432)
STS Sala 1.^a de 7 de marzo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12722)
STS Sala 1.^a de 23 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9337)
STS Sala 1.^a de 26 de abril de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17476)
STS Sala 1.^a de 13 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:17696)
STS Sala 1.^a de 31 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:22137)
STS Sala 1.^a de 20 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:890)
STS Sala 1.^a de 23 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10388)
STS Sala 1.^a de 16 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10220)
STS Sala 1.^a 203/1996, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1655)
STS Sala 1.^a 434/1997, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:1997:3558)
STS Sala 1.^a 1133/1998, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7432)
STS Sala 1.^a 138/1999, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1290)
STS Sala 1.^a 2/2000, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2000:214)
STS Sala 1.^a 953/2000, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7647)
STS Sala 1.^a 813/2001, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6684)
STS Sala 1.^a 152/2002, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1177)
STS Sala 1.^a 552/2003, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3998)
STS Sala 1.^a 1263/2003, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:8514)
STS Sala 1.^a 1076/2004, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7101)
STS Sala 1.^a 72/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:818)
STS Sala 1.^a 112/2005, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1358)
STS Sala 1.^a 311/2006, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1345)
STS Sala 1.^a 534/2007, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3236)
STS Sala 1.^a 1161/2007, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7542)
STS Sala 1.^a 181/2008, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2008:3815)
STS Sala 1.^a 1054/2008, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5808)
STS Sala 1.^a 847/2009, de 7 de enero (ECLI:ES:TS:2010:10)
STS Sala 1.^a 130/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:935)
STS Sala 1.^a 841/2010, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6957)
STS Sala 1.^a 867/2010, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6956)
STS Sala 1.^a 536/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5096)
STS Sala 1.^a 107/2013, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:853)
STS Sala 1.^a 36/2015, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2015:262)
STS Sala 1.^a 28/2015, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:257)

STS Sala 1.^a 42/2015, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1085)

STS Sala 1.^a 577/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4454)

STS Sala 1.^a 590/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4458)

STS Sala 1.^a 41/2016, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:352)