

Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1996)

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

Colaborador del Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.*—II. *Comentario:* 1. Introducción.
2. El consentimiento del acreedor: especial referencia a la forma tácita. 3. La ausencia del consentimiento del acreedor: la asunción de cumplimiento.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Constituyen los hechos relevantes de esta sentencia los siguientes: los señores don Joaquín C. R., don Mateo G. L., don Narciso P. G. y don Enrique D. A. aparecen como avalistas de un préstamo del que resulta ser acreedor el Banco de «F, S. A.».

En el contrato suscrito el 16 de enero de 1990, los señores don Juan L. C. y don Juan Carlos H. M., Presidente y Vicepresidente, respectivamente, del Real Jaén Club de Fútbol, declaran asumir, en su propio nombre, y también en el de la entidad a la que representan, la deuda de los señores citados al principio (todos ellos contratantes en este segundo contrato), tanto en su principal (14.000.000 de pesetas), como en los intereses devengados hasta ese momento y los que pudieran devengarse en el futuro. Por ello, manifiestan en este contrato que, en lo sucesivo, las posibles acciones a que pudiera dar lugar el citado contrato de préstamo se dirijan contra ellos y no contra los avalistas, a quienes declaran liberados de toda obligación y responsabilidad en relación al acreedor.

No consta el consentimiento de este último para que se produzca el cambio de deudores que pretenden llevar a cabo los avalistas y los asumentes (el Real Jaén y su Presidente y Vicepresidente), y una vez obtiene el cobro de su deuda, según parece, por parte de los avalistas, se entabla juicio entre aquéllos. En primera instancia la demanda de don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique exigiendo las cantidades a que se habían obligado los demandados es desestimada. Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Jaén estima parcialmente la demanda condenando a los demandados, don Juan, don Juan Carlos y el Real Jaén,

al pago de aquellas cantidades reclamadas. Don Juan y don Juan Carlos interponen sendos recursos de casación, que dan lugar a la presente sentencia.

El tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos interpuestos.

La presente sentencia reitera la doctrina sentada con anterioridad sobre la modificación subjetiva de la relación obligatoria en su lado pasivo y sobre la calificación jurídica del negocio mediante el cual las partes pretenden, en el presente caso, llevar a cabo el cambio de deudor.

El Tribunal califica, con acierto, a este negocio jurídico como un contrato de asunción de deuda por medio del cual los asumentes se obligan a cumplir una deuda derivada de un negocio jurídico (en este caso, un contrato de préstamo), liberando a los antiguos deudores.

Como queda sentado en esta sentencia, se trata de un contrato atípico concertado en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero al que le son aplicables, en su caso (por analogía, aunque no se diga expresamente) las normas reguladoras de la novación; instituto mediante el cual se lleva a cabo en nuestro Derecho el cambio de deudor.

Entre estas normas, que le son aplicables, el presente caso sólo se detiene en una de ellas: el artículo 1205, que exige el consentimiento del acreedor para que el contrato de asunción de deuda tenga eficacia frente al acreedor y se tenga por producida la modificación subjetiva pasiva de la obligación por cambio de deudor.

Como no consta en ningún momento tal consentimiento, el contrato celebrado entre los asumentes y los deudores sólo produce unos efectos inter partes que no afectan al acreedor (que no adquiere ningún derecho en consecuencia). Por ello, no se tratará de una asunción de deuda sino de una asunción de cumplimiento mediante la cual los asumentes quedan obligados, frente a los deudores, a satisfacer en tiempo al acreedor (prestación a tercera persona).

II. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos viene a ratificar, como ya quedó dicho, la doctrina del Tribunal Supremo favorable a la admisión en nuestro Derecho, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, de una de las formas mediante las cuales un tercero puede asumir una deuda ajena: el llamado contrato de asunción de deuda¹.

¹ Sobre la modificación subjetiva de la relación obligatoria, en general, véase: ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en Derecho civil*, Ed. Comares, Granada, 1996; ALEJO DE CERVERA: «En torno al futuro de la novación» en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976; AZURZA: «Notas sobre novación», *RDP*, 1950; BIGIAMI, W.: «Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código Civil italiano», trad. de Beltrán de Heredia, *RDP*, julio-agosto 1943; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1993; ENNECERUS, L.: «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, vol. I (doctrina general), Bosch, Barcelona, 1954;

Se trata de un contrato celebrado entre el deudor y un tercero (el asumente) mediante el cual este último se obliga a «ocupar» la posición de aquél pasando a ser el nuevo deudor, produciéndose al mismo tiempo la liberación del primero. Para que este contrato sea eficaz frente al acreedor es preciso que concorra su consentimiento al cambio de deudor.

Normalmente, y ejemplo de ello es esta sentencia, esta forma de asumir una deuda ajena no suele aparecer en la práctica como un contrato cuyo único contenido es precisamente éste, sino que suele ser una cláusula añadida a un contrato con un contenido más amplio. Habitualmente suele tratarse de la enajenación de una industria, de una explotación o de un patrimonio en general, documentada en un contrato escrito en el cual aparece una cláusula mediante la cual el adquirente se obliga a hacerse cargo (asume) el pasivo de la industria, de la explotación o del patrimonio; pasivo que previamente ha sido rebajado del precio de enajenación.

Este es el caso típico al que deben enfrentarse los tribunales cuando surgen desavenencias entre las distintas partes implicadas, a saber: el deudor antiguo, y el asumente o nuevo deudor, y que éste sea el caso típico explica dos claras realidades: la primera, que el contrato de asunción de deuda es el mecanismo más utilizado para llevar a cabo una sustitución de deudores en nuestro Derecho; la segunda, el escaso detenimiento de la jurisprudencia en el estudio de su régimen jurídico y, en consecuencia, de la determinación de las concretas normas del Código Civil que pueden serle aplicables, pues los tribunales, y específicamente el Tribunal Supremo, no suelen ir más allá de averiguar si ha concurrido o no el consentimiento del acreedor, de forma que si concurrió se lleva a cabo la sustitución de un deudor por otro, y si no concurrió se reconoce a este contrato unos efectos meramente *inter partes*, resultando ineficaz frente al acreedor.

Las otras posibles formas de asumir una deuda son la delegación y el convenio expromisorio. La primera consiste en una invitación o un mandato dado por el deudor a un tercero para que éste se obligue frente al acreedor a realizar el deber de conducta al que hasta entonces estaba obligado él (el deudor), produciéndose su liberación tan pronto acaezca el consentimiento del acreedor en este sentido. La expromisión, por su parte, se caracteriza por ser un acuerdo directo entre el tercero-asumente y el acreedor en cuya virtud aquél asume la deuda del deudor antiguo, que queda liberado en el acto aunque desconozca o se oponga a este acuerdo.

Por tanto, mientras que tanto la delegación como el contrato de asunción de deuda son mecanismos trilaterales de asunción de deuda (intervienen el deudor

GARCÍA AMIGO, M.: «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, 1963; *idem*: *La cesión de contrato en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; GARCÍA VALDECASAS, E.: «La sucesión en las deudas a título particular», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje del profesor Castán Tobeñas*, ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969; GHOZI, ALAIN: *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español* tomo VIII, vol. I, Madrid, 1967; MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I y II, edición española a cargo de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1995; OERTMANN, P.: «Transmisión de las obligaciones», traducido del alemán por W. Rocas, *RDP*, 1923; SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XVI, vol. I, Edersa, Madrid, 1980; *idem*: «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, enero-febrero 1962; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español», *La Ley*, 1987-4.

antiguo, el asumente o nuevo deudor y el acreedor), la expromisión se presenta como un acuerdo bipartito entre asumente y acreedor sin intervención alguna por parte del deudor antiguo.

Estas formas son, en general, las reconocidas y reguladas, con mayor o menor detenimiento según los casos, en los ordenamientos jurídicos que tienen una mayor influencia sobre el nuestro. Así, en el *Codice Civile*, en los artículos 1268 a 1276 se recogen la *delegazione*, la *expromissione* y el *acollo* (equivalente a nuestro contrato de asunción de deuda) y su régimen jurídico; el BGB, en los párrafos 414 y siguientes regula dos formas de asunción de deuda (*Schuldübernahme*), una en el 414, que se caracteriza por tratarse de un contrato entre el acreedor y un tercero (nuestra expromisión), y otra en el 415 caracterizada por ser un contrato entre el deudor y el tercero al que presta su consentimiento el acreedor.

Sin embargo la regulación positiva del cambio de deudor en el Derecho español se ha llevado a cabo siguiendo el modelo francés, es decir, asociando el cambio de deudor al instituto de la novación romana. La palabra «novar» significa crear algo nuevo, y aplicado a nuestro campo de estudio, significa sustituir una obligación por otra. De acuerdo con el Derecho Romano la modificación subjetiva de una obligación por cambio de la persona del deudor sólo puede llevarse a cabo a través del instituto de la novación, que lleva consigo la extinción de la obligación anterior (en la que la parte pasiva era ocupada por el antiguo deudor) y el nacimiento de otra nueva en su lugar (ocupando ahora la parte pasiva el nuevo). El binomio extinción-nacimiento es inseparable de la novación romana.

Esta idea se recoge en el Code Napoléon en los artículos 1271 a 1281, dedicados a la novación como uno de los modos de extinción de las obligaciones enumerados en el 1234, bien entendido que no sólo el cambio de deudor es un supuesto de novación sino también la modificación de la obligación en la parte activa (por cambio del acreedor) o la modificación de algunos elementos objetivos de la obligación (novación objetiva).

Nuestro Código Civil, como hemos dicho, sigue esta misma línea enumerando a la novación como un supuesto de extinción de las obligaciones (art. 1156) y llevando a cabo su regulación, muy deficiente por cierto, en la sección 6.ª del capítulo IV del libro IV (De las obligaciones y contratos), en los artículos 1203 a 1208. Son aplicables a la novación subjetiva los artículos 1203.2 (se refiere a la sustitución de la persona del deudor en general), 1205 (dedicado al consentimiento del acreedor en el convenio expromisorio, pero aplicable a todo supuesto en que se produzca esta modificación de la obligación), 1206 (sobre la insolvenia del nuevo deudor), 1207 (régimen de las obligaciones accesorias) y 1208 (nulidad de la nueva obligación).

Sin embargo, en nuestro país es ya clásica la polémica en torno a la novación subjetiva por cambio de deudor (extensible también a los otros supuestos de novación) sobre si esta institución tiene para nosotros el mismo significado que tenía en el Derecho Romano, es decir, si el cambio de deudor conlleva siempre la extinción de la antigua obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, o es posible hablar de una sustitución de la persona del deudor permaneciendo intacta la primera obligación².

² La opinión favorable al cambio de deudor sin recurrir al instituto de la novación es una idea muy depurada ya en el Derecho comparado, fundamentalmente en Alemania,

No nos vamos a detener a profundizar en esta polémica, y ello porque hoy en día se nos antoja absolutamente irrelevante y falta de interés. Ello es así porque, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes cuentan con amplísimas posibilidades de configurar las consecuencias jurídicas del cambio de deudor dentro, por supuesto, de los límites del artículo 1255, y muy especialmente, respetando los derechos de terceras personas que no consienten o no forman parte del negocio jurídico mediante el cual se lleva a cabo esta modificación subjetiva de la obligación. Es más, el régimen jurídico de lo no previsto por los contratantes en uso de su libertad contractual no depende de si la sustitución del deudor conlleva o no la extinción de la primitiva obligación sino de la razonable y legal armonía entre esta libertad contractual y la protección de los intereses de aquellos terceros que no deben verse afectados por un contrato en el cual no han sido parte (*res inter alios acta nec prodesse nec nocere potest*: art. 1257.1 CC).

En esto es precisamente en lo que nos vamos a centrar, en algunos aspectos concretos del régimen jurídico, en nuestro caso, del contrato de asunción de deuda.

2. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR: ESPECIAL REFERENCIA A LA FORMA TÁCITA

Antes de entrar a analizar el tema del consentimiento del acreedor, en lógica, habremos de cerciorarnos de que, efectivamente, estamos ante un supuesto de asunción de deuda, es decir, de que un tercero tiene la clara intención de sustituir al deudor de una relación obligatoria y, además, la intención de que este cambio produzca efectos respecto al acreedor; es decir, que para éste, el asumente sea el nuevo deudor.

De esto no hay duda, puesto que el acreedor no podrá consentir aquello que no se le ofrece, esto es, si la intención del asumente y del deudor es la de que el acuerdo tenga unos meros efectos *inter partes* (a veces puede incluso tratarse de

donde se prescinde del instituto de la novación, e iniciada en nuestro país por Clemente de Diego en su clásica monografía: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la jurisprudencia española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912. La acuñación de los términos «transmisión de las obligaciones», «sucesión en la deuda a título singular» o «asunción de deuda», en oposición al de «novación», se deben a este fenómeno.

La originalidad de la doctrina patria en este tema procede del hecho de que el reconocimiento de esta forma de transmisión de las deudas al margen de la novación se ha llevado a cabo reinterpretando la regulación positiva de la novación, de forma que, de acuerdo con variados argumentos, se reconoce junto a la novación extintiva (novación propia) la llamada novación modificativa (impropia), que no conlleva la extinción de la primera obligación, sino solamente, y como indica su nombre, una mera modificación. De esta opinión es la doctrina mayoritaria, y ejemplos de ello los anotadores de la obra de ENNECERUS PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1954, p. 416; COSSÍO: «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», *AAMN*, I, p. 183; JORDANO BAREA, en «Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1950», *ADC*, tomos III y IV, octubre-diciembre 1950, pp. 1372-1382. En contra, fundamentalmente, SANCHO REBULLIDA: «La novación de las obligaciones en el Derecho español», *RCDI*, enero-febrero 1962, pp. 1-22. *Vide idem* en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo (arts. 1203 ss.), tomo XVI, vol. I, Edersa, Madrid, 1980.

un pacto secreto y reservado), entonces, de ninguna forma intervendrá el acreedor y ninguna modificación se habrá producido en la relación obligatoria.

La necesidad de esta voluntad inequívoca de asumir una deuda ha sido muy reiterada en la jurisprudencia, sobre todo a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975, citada y seguida con posterioridad, entre otras, por la de 5 de noviembre de 1990, muy clara y significativa a este respecto cuando dice: «pero es de toda evidencia que para entender celebrado un contrato mediante el cual se dice operada la sucesión particular en el débito, permaneciendo la misma relación obligatoria aunque con un deudor distinto y concurriendo la anuencia o ratificación del acreedor para su eficacia, nunca desplegable *invito creditore* habrá de aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico³ con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo» (subrayado nuestro).

En la sentencia que nos ocupa esta «incontrovertible realidad» parece más que evidente si atendemos al tenor literal de las cláusulas primera, segunda y cuarta del contrato de 16 de enero de 1990, que se transcriben en el Fundamento Jurídico primero⁴. En lo que nos interesa, la primera de ellas dice: «Los citados Sres. L. y H. (...) reconocen como suya la deuda (...) y se comprometen a abonarla antes del día 15 de septiembre de 1990, sustituyendo a los acreedores comparecientes en todo caso, del pago de la misma». En la cláusula segunda se continúa: «(...) el importe de dicha deuda será de responsabilidad individual de los citados señores L. y H.», y en la cuarta: «Por tanto, los citados acreedores son librados de la deuda en todo caso y posibilidad del pago de la misma al ser asumida por el R. J. Club de Fútbol y de forma individual los señores L. y H. con su garantía personal» (subrayado nuestro).

Centrándonos ya en el tema propio de este epígrafe cual es el consentimiento del acreedor, lo vamos a iniciar partiendo de lo que no plantea ningún proble-

³ La atipicidad del contrato de asunción de deuda no ha sido ningún obstáculo a su reconocimiento conforme al principio de la autonomía de la voluntad. Además de la de 5 de noviembre de 1990, las de 11 de diciembre de 1979, 9 de junio de 1981 y 1 de diciembre de 1989, todas ellas del Tribunal Supremo, son claros ejemplos.

⁴ Fundamentos de Derecho. Primero: «(...) Tal pretensión trae causa en el contrato suscrito en 16 de enero de 1990, entre los actores y los codemandados, interviniendo don Juan L. C. y don Juan Carlos H. L. en su propio nombre y en calidad de Presidente y Vicepresidente, respectivamente, de la entidad R. J. Club de Fútbol; a los efectos de este recurso han de ser tenidas en cuenta las cláusulas primera a cuarta del convenio, según las cuales: "Primera. Los citados señores L. y H., en nombre y representación de la entidad R. J. Club de Fútbol reconocen como suya la deuda de 14.000.000 de pesetas ante el B. de F., de la que han sido deudores de la misma los señores. C., P., D. y G., como avalistas de la misma, y se comprometen a abonarla antes del día 15 de septiembre de 1990, sustituyendo a los acreedores compareciente, en todo caso, del pago de la misma. Segunda. —En el supuesto caso de que llegada dicha fecha de 15 de septiembre de 1990, y no se hubiese pagado o eximido de pago a los acreedores comparecientes, el importe de dicha deuda será de responsabilidad individual de los citados señores. L y H. Tercera. El R.J. Club de Fútbol y los señores L. y H. abonarán en el plazo de treinta días a partir de la fecha de 12 de enero de 1990 —fecha de preacuerdo— la cantidad de 2.065.275 ptas. a los acreedores comparecientes correspondientes a los intereses abonados por éstos y devengados por la citada póliza, y se comprometen a abonar los intereses que se devenguen a partir de la fecha de la firma del presente documento. Cuarta. Por tanto, los citados acreedores son librados de la deuda en todo caso y posibilidad del pago de la misma, al ser asumida por el R.J. Club de Fútbol y de forma individual los señores L. y H. con su garantía personal"».

ma: que el consentimiento del acreedor para el cambio de la persona del deudor es exigible en todo caso, que no puede presumirse nunca sino que ha de constar de modo cierto e indudable, que puede ser anterior (negocio de autorización), simultáneo o posterior (ratificación) al contrato entre el deudor antiguo y el asumente, y que puede ser tanto expreso como tácito⁵.

En este sentido, creemos perfectamente aplicable, por analogía, el artículo 1205 del Código Civil, que aunque se refiera a la novación, y concretamente a la forma expromisoria, es aplicable a todos los posibles casos que puedan conducir a un cambio de deudor. Se trata de una norma que pretende claramente proteger al acreedor, puesto que a éste no le es indiferente quién sea la persona de su deudor y las cualidades de seriedad y solvencia que en éste puedan concurrir, pero que además, es una norma de orden público, puesto que lo que está en juego es la obligatoriedad de los contratos. Ninguna modificación puede hacerse de un contrato, con efectos para los contratantes, si no concurre el consentimiento de éstos. Las excepciones a esta regla no pueden ser otras que las que expresamente establezca la ley, entre ellas, la facultad que tiene el acreedor, y de la que no goza el deudor, de substituir a éste sin su consentimiento y aun sin su conocimiento, porque la ley entiende que, en este caso, no hay perjuicio para la otra parte contratante.

Por ello es necesario que este consentimiento (del acreedor) lo sea de un modo cierto e indudable, aunque este modo cierto e indudable concurrirá no sólo en los casos en que así se diga expresamente, sino también, y ello porque no se exige declaración expresa al respecto, en aquellos otros en los que tácitamente o por medio de hechos concluyentes del acreedor se pueda llegar al convencimiento de que éste ha dejado de considerar al antiguo deudor como su deudor, y que ahora es otra persona (el asumente) el que ocupa esa posición. Con esto nos introducimos en un tema relativo al consentimiento que sí plantea problemas: ¿en qué casos puede afirmarse que hay consentimiento tácito del acreedor al cambio de deudor?, más concretamente, ¿lo sería aquel en el que no consta el consentimiento liberatorio del acreedor, pero después éste demanda el cumplimiento de la obligación asumida al nuevo deudor o asumente?, ¿qué significado debe darse a esa demanda (judicial o extrajudicial)?

Estas preguntas son perfectamente planteables en el caso que estamos comentando, puesto que no consta voluntad alguna del acreedor, ni a favor ni en contra, del cambio de deudores (en el siguiente epígrafe se estudiarán las consecuencias que ello conlleva), lo cual abre algunas posibilidades, por vía de hipótesis, que desde luego cerrarían los supuestos en los que, o no hay ninguna actividad positiva del acreedor que nos pueda conducir a pensar en el otorgamiento de un consentimiento tácito por su parte, o consta la negativa (también expresa o tácitamente) de éste a la sustitución de la persona de su deudor.

Respecto a este supuesto hipotético que nosotros nos planteamos, en algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha afirmado que el consentimiento en la novación (subjettiva por cambio de deudor) va implícito en el hecho de reclamar el pago al nuevo deudor. Así, por ejemplo, en la entencia. de 16 de noviembre de 1981 (aunque *obiter dictum*) se repite esta afirmación y se cita a la de 11 de

⁵ Como declaración de voluntad tendente a la aceptación de una oferta, son aplicables a la misma las normas jurídicas relativas a los vicios del consentimiento.

enero de 1949. En realidad, el único caso que conocemos en este sentido que sea *ratio decidendi* es precisamente este último. Se trataba de una señora que había estado trabajando como empleada en un bar que después es traspasado. En el contrato de traspaso se acuerda que el sucesor del negocio se haría cargo de todas las deudas del mismo (incluida, por tanto, la que tenía con esta señora). Al parecer éste llegó incluso a pagar parte de aquella deuda, pero después, ante el incumplimiento por el resto, la acreedora interpuso demanda judicial reclamando la parte aún no satisfecha, dirigiéndose para ello contra los antiguos responsables del establecimiento (declarados en rebeldía) y también contra don Evaristo, que así se llamaba la persona que les había sucedido.

Planteado en el proceso el problema de si había existido consentimiento para el cambio de deudor por parte de la demandante y el valor que había de darse al hecho de reclamarse judicialmente al asumente, el Tribunal entendió: «Que el consentimiento de doña María G. R. (demandante) exigido por el artículo 1205 del Código Civil para la validez de tal novación, va implícito en el hecho de reclamar el pago de la obligación al nuevo deudor, que ya había pagado parte de ella con la entrega de 1.000 pesetas a la acreedora, hecho reconocido en el pleito».

Posiblemente, en este caso, pesó mucho el hecho de que los deudores anteriores habían sido declarados en rebeldía y no era previsible obtener fácilmente el pago de ellos, y quizá por eso el Tribunal no se centró tanto en el hecho de la liberación de éstos como en la vinculación de don Evaristo por la obligación que libremente había asumido, con lo que se aseguraba la satisfacción del crédito de la acreedora.

En general, en estos supuestos la posición más razonable a adoptar creemos que es la siguiente: salvo que de modo indudable conste la voluntad del acreedor de liberar al deudor, éste seguirá obligado con independencia de que se le demande o no para el cumplimiento de la obligación. Si sólo se demanda al asumente, ello significará que se acepta la oferta de éste de quedar obligado, pero no que con ello se libere al primitivo (lo uno no es consecuencia de lo otro)⁶. Así, el acreedor tendrá dos deudores cumulativamente obligados, el antiguo y el nuevo, de forma que si no obtiene el cumplimiento de la prestación por parte de uno, siempre puede dirigirse después contra el otro⁷. Ésta es la solución que aporta Díez-Picazo⁸ para aquellos casos en los que consta la voluntad del nuevo deudor de obligarse hacia el acreedor pero no concurre consentimiento liberatorio por parte de este último hacia el deudor primitivo.

También compartimos con este jurista la apreciación de que la solución no será ésta cuando el nuevo deudor haya condicionado su obligación a la liberación

⁶ Parece claro que, si se demanda el pago a los deudores al mismo tiempo, se da a entender por el acreedor su voluntad de no liberar al antiguo deudor, al tiempo que su aceptación a la oferta del nuevo de quedar obligado junto al antiguo. Se daría lugar en este caso a una asunción cumulativa (en oposición a liberatoria) de deuda mediante la cual el acreedor tendría dos deudores frente a los que dirigirse indistintamente para el cumplimiento íntegro de la obligación.

⁷ En todos estos casos estamos presuponiendo, porque así debe entenderse, que el asumente no ha retirado la oferta al acreedor para convertirse en su nuevo deudor. Si, de los hechos se deduce esta retirada (de la oferta), entonces, lo único que le queda al acreedor es una pretensión, en su caso, por los daños y perjuicios causados por responsabilidad precontractual. Una vez el acreedor acepte la oferta se perfeccionará el contrato de asunción de deuda.

⁸ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II., Madrid, 1993, pp. 844 y 845.

del antiguo. En este supuesto el convenio entre los deudores tendente a la sustitución de uno por el otro deviene ineficaz al no cumplirse la condición establecida.

Igualmente, es opinión bastante común en la doctrina la de entender que, en esta forma de asunción de deuda, ambos deudores lo son solidariamente. Por nuestra parte, y teniendo en cuenta que ésta no es la sede apropiada para dar una respuesta muy extensa a este sentir casi común de los autores y de la jurisprudencia, sin embargo, no podemos por menos que poner muy seriamente en duda esta afirmación sobre todo en el caso de la expromisión cumulativa, donde no sería razonable aplicar todo el régimen jurídico de la solidaridad a quien no ha sido parte en este contrato expromisorio (el deudor antiguo), y estamos pensando en la comunicación de culpas entre los deudores solidarios que establece el artículo 1147 del Código Civil.

3. LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR: LA ASUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Cuando no consta el consentimiento expreso o tácito del acreedor, o cuando lo que consta es su negativa al cambio de deudor, hay que determinar cuáles son los efectos del convenio (el contrato de asunción de deuda) celebrado entre los dos deudores y no consentido por el acreedor⁹.

En nuestro caso, la no constancia del consentimiento del Banco de «F., S. A.» (tal y como señala el Tribunal en el segundo párrafo, *in fine*, del Fundamento de Derecho tercero) conllevará que el contrato de 16 de enero de 1990 no pueda ser calificado como una asunción de deuda mediante la cual los asumentes, don Juan L. C., don Juan Carlos H. M. y el Real Jaén Club de Fútbol, resulten ser los nuevos deudores ante el Banco, en sustitución de los que lo eran hasta ahora, don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique¹⁰.

Por tanto, hay que considerar al contrato objeto de litigio como una asunción de cumplimiento, una *res inter alios acta* con efectos obligatorios para las dos

⁹ La no constancia del consentimiento del acreedor al cambio puede venir derivada del hecho de que éste no conozca la existencia de un convenio (contrato de asunción de deuda) entre los deudores en este sentido. Creemos que la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones a la que alude el artículo 1258 del Código Civil debe implicar, en nuestro caso, una obligación a cargo del asumente de poner en conocimiento del acreedor la existencia del contrato y de ofrecerse como nuevo deudor en sustitución del anterior. Esta obligación debe entenderse como un presupuesto previo indispensable para lograr la finalidad perseguida por el contrato en aquellos casos en los que el acreedor desconoce la existencia del mismo.

¹⁰ Fundamento de Derecho Segundo: «(...) se argumenta que la sentencia recurrida otorga en su fallo la cantidad reclamada por la parte actora al «B. de F., S.A.», que no es ni ha sido parte en el juicio. La más somera lectura del antes transcrito fallo de la sentencia recurrida pone en evidencia lo insostenible del motivo, ya que la sentencia *a quo* no reconoce derecho alguno al citado Banco y ello aunque la condena impuesta a los codemandados pueda quedar cumplida, en su caso, con el pago a esa entidad crediticia de las cantidades a que se refiere la sentencia, pero ello como cumplimiento de la obligación impuesta a los demandados y por ellos asumida en el contrato origen del litigio y no crédito del «B. de F., S.A.», exigible a aquéllos. Procede así la desestimación del motivo».

Fundamento de Derecho Tercero: «(...) calificado por la Sala sentenciadora de instancia el contrato litigioso como contrato innominado o atípico concertado al amparo del

partes contratantes, es decir, los asumentes (el Real Jaén y, a título personal, su Presidente y Vicepresidente) y los deudores antiguos ¹¹.

Los asumentes cumplirán las obligaciones derivadas de este contrato si, llegados los respectivos plazos de vencimiento de las obligaciones asumidas (la devolución del capital y el pago de los intereses del contrato de préstamo en la forma pactada) hacen puntual frente a ellas. En realidad, el cumplimiento de la obligación asumida puede extinguir dos obligaciones distintas: la contraída por los deudores antiguos con el acreedor (derivada del contrato de préstamo), y si los asumentes son a su vez deudores de estos deudores (antiguos) y se obligaron *solvendi causa*, también se extinguirá esta deuda derivada de la relación jurídica subyacente.

Esto es lo que parece que ocurre en la presente sentencia: la causa del contrato de asunción de deuda es la previa existencia de una deuda, a cargo de los asumentes, frente a los deudores antiguos. Al menos, así se desprende del propio contrato de asunción de deuda cuando a don Joaquín, don Mateo, don Narciso y don Enrique se les llama reiteradamente «acreedores comparecientes». Con la entrega al Banco de «F, S. A.» del dinero correspondiente al capital y los intereses devengados no sólo se extinguirá esta obligación (a cargo de los que impropriadamente llamamos deudores antiguos), sino, al mismo tiempo y en esta misma cuantía, la procedente de la relación subyacente, que es la causa del contrato de asunción de deuda.

Pero, como el acreedor no consiente el cambio de deudor, se cierra toda posibilidad de establecer una relación jurídica entre asumentes y acreedor, lo cual no impide que este contrato de asunción despliegue unos efectos obligatorios *inter partes* y que los contratantes deriven, no ya un derecho, sino una prestación a tercera persona, el Banco. Éste se convierte en un simple destinatario de la prestación, la recibirá, pero no adquirirá ningún derecho previamente.

principio de libertad de contratación acogido en el artículo 1255 del Código Civil, tal calificación ha de ser mantenida frente a la tesis recurrente que propugna la calificación de fianza como la que corresponde a tal convenio; por el contrato de fianza, regulado en los arts. 1822 y ss. del Código Civil, se crean relaciones obligatorias entre el acreedor, el deudor y el fiador; de ahí que para la constitución de un contrato de fianza sea necesario, con carácter inexcusable, el consentimiento del acreedor, ya se manifieste este consentimiento por la intervención del mismo en el contrato constitutivo, ya mediante su aceptación del contrato celebrado entre el deudor y el fiador. En el presente caso, falta tal consentimiento del acreedor, el «B. de F, S. A.», que no fue parte en el contrato de 16 de enero de 1990 ni consta en autos que aceptase su contenido, por lo que no puede sostenerse que tal contrato lo sea de fianza sometido a los artículos 1822 y ss. del Código Civil».

Fundamento de Derecho Cuarto: «El motivo tercero, acogido al ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se considera infringido el artículo 1205 del Código Civil, por no aplicación. Calificado en la sentencia recurrida el Convenio de 16 de enero de 1990, concertado entre las partes litigantes como un contrato innominado y atípico, sometido a la reglas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos, sin que se tenga por producida una modificación subjetiva por cambio de deudor de una obligación anterior, en este caso la que vinculaba a los actores recurridos con el «B. de F, S. A.», ha de rechazarse el motivo, al no ser aplicable el citado artículo 1205 por no estarse ante un supuesto de novación de obligaciones».

¹¹ Otras sentencias del Tribunal Supremo donde también se califica al acuerdo entre los deudores de asunción de cumplimiento son las de 8 de octubre de 1984, 26 de abril de 1993 y 9 de octubre de 1995. Esta misma es la solución que adopta el BGB en el párrafo 415.3.º cuando dice: «En tanto que el acreedor no haya otorgado el consentimiento, en la duda, el asumente está obligado, frente al deudor, a satisfacer en tiempo oportuno al acreedor. Lo mismo rige si el acreedor niega el consentimiento».