

EL ASPECTO CONTRACTUAL DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA

Por el Dr. Arturo ÁLVAREZ JOVEN

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. Sobre el concepto de asunción de deuda:*
- II. La asunción de deuda como contrato.*
- III. Características del contrato de asunción de deuda.*
 - 1. Consensualidad.*
 - 2. Unilateralidad o bilateralidad.*
 - 3. Onerosidad o gratuidad.*
 - 4. Conmutatividad.*
 - 5. Problema en torno a la aleatoriedad del contrato de asunción de deuda. La aleatoriedad en relación con la atipicidad.*

1. Sobre el concepto de asunción de deuda

Prescindiendo de la regulación que la asunción de deuda tiene en los diferentes sistemas legislativos, hemos de hacer patente que la existencia de esta institución es un hecho de la vida real. Y es, además, un hecho real en la vida jurídica que se viene produciendo cada vez con mayor frecuencia. Hecho éste que interesa sobre manera a los sujetos del Derecho, por cuanto que representa un medio idóneo para la agilización de sus propias relaciones jurídicas en pro de una buena economía, constituyendo, además, un adecuado instrumento en la dinámica patrimonial de todo un Derecho de obligaciones.

La existencia real de la asunción de deuda, su cada día mayor frecuencia, responde a la doble finalidad de la sociedad moderna: favorecer las transacciones en el constante tráfico comercial entre los sujetos como miembros del cuerpo social y beneficiar la economía con el consiguiente ahorro de trámites, complejidades de estructuras rígidas, así como sus efectos o consecuencias.

Por ello, podemos decir, aunque sin precisión cronológica, que es una institución relativamente moderna, que aparece en el tiempo junto al gran desenvolvimiento de las transacciones comerciales, posiblemente como una consecuencia de éstas, como una necesidad creada y que es necesario darle cumplida satisfacción. Tal vez por esta razón no se descubra en el viejo Derecho romano la institución de la sucesión pasiva en la obligación, independientemente de la dificultad de su estructura social¹. Con esto, sin embargo, no se pretende afirmar que se prescinda de la técnica romanista más perfecta, sino que, por el contrario, con frecuencia es preciso buscar sus formas y su desenvolvimiento, en sistemas de Derecho romano, como aplicabilidad de unos conocimientos adquiridos y bien depurados. Pero en su esencia más interna, en su auténtico núcleo, en su propia sustantividad conceptual, es vano todo

¹ En el Derecho romano, el *vinculum iuris*, era una unión sagrada, valga la expresión, entre dos sujetos, por lo que parece imposible pudiera concebirse la transmisión de la deuda a título singular, sin menoscabo de la obligación misma.

esfuerzo comparativo con instituciones romanas, que sólo pudieron ser afines, pero que jamás llegaron a constituir la figura que hoy nos ocupa dentro de sus propios contornos que la delimitan y perfilan². Hasta el punto que, en algunas legislaciones actuales, aún no se regula y tenemos que estudiarla como un ejemplo de negocio jurídico obligatorio de contenido patrimonial de carácter atípico. Legislaciones que no la admiten ni la desconocen, pero que sin embargo deambula, como un hijo natural, con posibilidad de ser legítima o reconocida³.

Con carácter retrospectivo, a todo lo más que podemos llegar, es a buscar meros antecedentes de lo que a partir del siglo XIX, había de ser esta institución⁴. Siendo, por tanto, más perfecta y acabada su regulación, cuanto más tardíamente apareciera el proceso de codificación. Incluso contemplamos, cómo fue admitida y regulada plenamente con posterioridad a dicho proceso, como consecuencia de reformas más o menos parciales, como el Código civil italiano de 1942, y de modo más perfecto, el nuevo Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966, amén de algunos Códigos hispano-americanos. De aquí la crítica de que son objeto los Códigos cuando en algunas ocasiones, por la ausencia de una clara y bien acabada regulación en determinados supuestos de institucionalización y tipificación de situaciones jurídicas que andan ya funcionando por la vida, como una necesidad social que pretenden cubrir, satisfacer. Porque, «la vida muestra la necesidad, la práctica ensaya los remedios y suministra los resultados, la doctrina hace surgir la idea y el principio que los justifica, y la legislación los consagra cuando por una y otra están bien depurados»⁵.

² En el Derecho romano, el grado de perfección sólo lo alcanzaron con la figura de la *novatio*. Pero novar no es transmitir, sino extinguir y crear sucesivamente, colocando una nueva relación en el lugar de la anterior.

³ Este es el caso del Código civil español.

⁴ El fenómeno general transmisor de las obligaciones se produce, cuando cambia el concepto mismo de obligación. Cuando el antiguo vínculo jurídico se despersonaliza y cuando el elemento patrimonial u objetivo de la obligación pasa a ocupar un plano preferente. Sobre todo, cuando, suprimida la prisión por deudas, el patrimonio constituye para el acreedor el único soporte del poder de realización de su interés.

⁵ Felipe Clemente DE DIEGO, *La transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, p. 337.

Etimológicamente, el sustantivo *asunción* procede del latín *assumptio - onis*, que significa acción y efecto de asumir, del verbo *assumere*, compuesto de *sumere* y reforzado por el prefijo *ad*, *tomas y a*, que se traduce por atraer a sí, tomar para sí.

En este sentido etimológico, podemos definir la *asunción*, como el acto, en virtud del cual, una persona atrae o toma para sí una cosa o derecho que no tenía. De aquí la denominación amplia de «asunto», con que se designa a cualquier objeto tomado.

En la terminología alemana se conoce con el nombre de *Übernahme*, que al referirse a la sucesión en las deudas se transforma en *Schuldübernahme*, que se traduce al castellano por *asunción de deuda*. O sea, si el objeto que se asume es la deuda de una relación obligatoria, la *asunción de dicha deuda* significará el acto por el cual una persona atrae o toma para sí la deuda perteneciente a otra persona.

Esta *asunción de deuda* se viene analizando en la doctrina jurídica con las expresiones de *transmisión de deuda*, *transferencia de deuda*, *sucesión en la deuda*, *sustitución de deudores*, *modificación subjetiva de la obligación por cambio de deudor*, o sea, *modificación subjetiva pasiva*, etc. El Código civil español, si bien no regula esta institución, no por ello la ignora, y lo poco que en el mismo hay, entendemos que es aprovechable y, sobre todo, que no nos queda otro remedio que el de elaborar la materia prima que el mismo nos ofrece. Su característica más peculiar, es su propia originalidad, incluyendo la *asunción de la deuda dentro de la modificación de las obligaciones como un supuesto o variedad de la novación*, como una especie de «*novación modificativa*» y no *extintiva*. Expresión ésta, que ha sido objeto de crítica por los autores que, de algún modo, se han ocupado del tema, pues da la sensación de que sólo responde a una poco afortunada filiación de nuestro Código civil a las instituciones romanas, concretamente a la *novación en el aspecto terminológico*, pues en el conceptual no solamente es dispar, sino incluso antagónico, pues entendemos que ni siquiera en materia de *regulación legal*, son aplicables por analogía los preceptos relativos a la *novación de obligaciones*. Lo cual, por otra parte, revela que el Código no ignoraba la evolución que ya, en la época de la codificación, se hacía sentir, respecto al nuevo concepto patrimonialista de la

obligación⁶.

Son ya múltiples las definiciones plasmadas por los autores del derecho en sus obras más o menos especializadas. Unos aportan definiciones amplias, otros restringidas en cuanto al contenido, ya figurando una sola forma o mecanismo de llevarse a cabo la asunción de la deuda, o bien resaltando una de sus características más esenciales, tal vez por sus efectos o consecuencias, o bien comprendiendo diferentes clases de asunción, o ampliando el efecto normal de ésta para comprender en ella, figuras más o menos similares.

Así, Enneccerus, con carácter amplio, comprendiendo lo definido en la propia definición, la define como «el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor»⁷, o bien, resaltando una característica propia del derecho alemán, la de los contratos abstractos: «es un contrato abstracto, ya se concluya entre el que asume la deuda y el acreedor, o ya, con consentimiento del acreedor, entre el que asume la obligación y el deudor»⁸.

Otro alemán, Oertmann, bajo el título de transferencia de deuda, dice: «es la introducción de un nuevo deudor en la obligación ya existente, por virtud de un contrato o por imperio de la ley misma, ya sea en vez del antiguo deudor (asunción privativa o liberatoria) o al lado de él (transmisión cumulativa o incorporación del deudor). En uno y otro caso, la obligación sigue siendo la misma, objetivamente, no obstante el cambio subjetivo operativo; la transferencia de deudas, al igual que la cesión de créditos, implica una verdadera sucesión»⁹.

También en Italia, Trabucchi, fijándose en una de las formas que puede revestir el contrato de asunción de deuda, la define como «un

⁶ Este aspecto patrimonialista y objetivo de la idea de obligación, tiene cabida en nuestro Código civil: de un modo general y amplio, a través del contenido del artículo 1911; de un modo más particular, podemos halarla en los artículos 1.111, n.º 3.º del 1.291, 1.708, 1.083, 1.084 y 403.

⁷ *Derecho de obligaciones*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, de la obra *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, traducida del alemán por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, p. 410.

⁸ *Ibidem*, p. 423.

⁹ *Transmisión de las obligaciones*, Trad. del alemán por W. ROCES, en *Revista de Derecho Privado*, t. X, 1923, p. 112.

contrato entre el deudor y un tercero destinado a producir eficacia dentro de la esfera jurídica de otra persona que es el acreedor»¹⁰. Llama al primitivo deudor «*accolato*», al nuevo deudor «*accolante*» y al acreedor «*accolatario*».

En España, haciendo uso del término sucesión como más específico a los efectos de la asunción de deuda respecto a su casi homólogo de transmisión y explicando este fenómeno diferencial, dice Rodríguez-Arias: «Todo fenómeno de transmisión canaliza y desemboca, en el actual estado de cultura jurídica, en el de la sucesión» y como quiera que «toda sucesión semeja e implica una mutación subjetiva...; y una identificación objetiva», deduce la siguiente definición: «La sucesión en la deuda, es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria», o dicho de forma aún más breve: «sustitución de un nuevo deudor al antiguo, sin hacer novación»¹¹.

Con lo cual nos aporta una definición de la asunción de deuda, mirando ostensiblemente a lo que resulta, es decir, por sus efectos o consecuencias.

A este respecto, dice Albaladejo: «la modificación de la obligación por cambio de deudor se designa con varias expresiones, como transmisión de deuda, transmisión pasiva de la obligación, cesión o asunción (desde el punto de vista del que pasa a ser deudor) de deuda, etc»¹².

De forma breve, sin señalar formas o procedimientos de transmisión, sin referencia alguna a su naturaleza jurídica, sino fijándose únicamente en el resultado o consecuencia, esta institución aparece definida en Puig-Peña, en los términos siguientes: «consiste en la sustitución de la persona del deudor, sin modificar en nada la relación obligatoria»¹³.

¹⁰ *Instituciones de Derecho civil*, Trad. de la 15.ª ed. Italiana por Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA, con notas y concordancias de Derecho español, T. II, Madrid, 1967, p. 101.

¹¹ *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1965, pp. 337 ss.

¹² *Derecho civil*, 2.ª ed. 1975, T. II, vol. 1.º, p. 279.

¹³ *Derecho civil*, Barcelona, 1956, t. III, vol. 1.º, p. 299.

II. La asunción de deuda como contrato

Con base en las definiciones anteriores en torno a la figura de la asunción de deuda y señalando su aspecto contractual con todas las características que conlleva, podemos dar la siguiente definición con sentido amplio: la asunción de deuda es un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, comutativo, en virtud del cual un tercero (asuntor o asumierte) sustituye en una relación jurídica obligatoria preexistente al deudor, liberándole, bien por acuerdo con el acreedor (expromisión), bien por acuerdo con el referido deudor (delegación), ratificándolo, en este caso, el acreedor.

El primer problema que se suscita en torno a la asunción de deuda, es el relativo a si el acuerdo entre partes por el que se produce la sustitución del deudor por un tercero en una relación jurídica preexistente, tiene o no valor de contrato. De no ser así, sobran, por supuesto, los demás caracteres que, como segunda premisa, hemos relacionado en su definición. Y, si es un contrato con arreglo a las diferentes concepciones que la doctrina jurídica nos ofrece, ¿puede, también, tener este calificativo en la concepción de nuestro Código civil?

Nuestro Código, no define la asunción de deuda. Tampoco nos ofrece una definición de contrato. En otro caso, nos bastaría citar dicho precepto como único fundamento legal, para saber con exactitud si la asunción de deuda puede o no incluirse dentro de sus contornos.

Como dice Cristóbal Montes a propósito de la novación modificativa, comentando el articulado de nuestro Código civil: «no es en línea de principio, un Código de gran precisión técnica. Maneja los términos y los conceptos jurídicos con cierta irresponsabilidad y no parece atribuir excesiva importancia al sentido y valor exacto que debe atribuirse a uno u otro vocablo ni al alcance definitorio y delimitador que haya que entrañar en las expresiones legales. Llama heredero a quien no lo es, designa como poseedor a quien no puede tener tal carácter, denomina prescripción a lo que es otra figura, *confunde el contrato con la obligación que genera* y, en fin, casos y más casos en que la terminología jurídica es utilizada atécnicamente y en que fallan ostensiblemente las exigencias dogmáticoconceptuales que otros Códigos (como el alemán o el Italia-

no de 1942) han tenido buen cuidado de respetar todo lo posible»¹⁴.

Por consiguiente, al no existir en nuestro Código, a diferencia de otros, un precepto que defina o delimite el contrato en general, o bien que regulara de modo específico la asunción de deuda dentro del marco de los contratos, es obligado extraer el concepto de contrato del contexto que resulta de relacionar una pluralidad esparcida de fundamentos legales.

Del examen comparativo del artículo 1.254 en relación con los artículos 1.088, 1.089 y 1.091, podemos obtener el concepto de contrato, a través de las características esenciales que señalan sus límites: La existencia de un *consentimiento* entre dos o más personas y la *creación de obligaciones* con fuerza de ley entre las partes que han consentido. A la primera de ellas se está refiriendo el artículo 1.245: «El contrato existe desde que una o varias personas *consienten en obligarse*, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». De dicho precepto, se deducen tres cuestiones: el momento en que nace el contrato, la creación de unas obligaciones para las partes que intervienen y el contenido de éstas. Se halla, además, en congruente armonía con el artículo 1.089, en cuanto que éste incluye el contrato, dentro de la clasificación de las fuentes creadoras de obligaciones al decir, «las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos...». A la segunda de las consecuencias señaladas, se está refiriendo el artículo 1.901, el cual, por un lado expresa el vigor de la obligación que el contrato crea —«las obligaciones que nacen de los contratos *tienen fuerza de ley* entre las partes contratantes...»— y de otro lado sirve de punto de enlace con la consecuencia señalada en primer lugar, al decir: «... y *deben cumplirse a tenor de los mismos*», o sea, del contrato existente, del que dichas obligaciones derivan.

Como puede verse, si bien el Código civil no ensaya una definición del contrato, marca, sin embargo, las líneas maestras para deducir una acepción de acuerdo, por cierto, con la doctrina tradicional y clásica del

¹⁴ La llamada *novación modificativa* en el Derecho civil español, en Revista Crítica del Derecho Inmobiliario, 1973, p. 1.186.

Derecho romano, de igual modo que el Código civil francés, de quien, sin duda, lo tomó el legislador español: acuerdo de voluntades entre dos o más personas —consentimiento— (duorum vel plurium consensus) dirigido a crear obligaciones entre ellas (ad constituendum obligationem).

No es nuestro propósito en este momento y para esta cuestión, profundizar en el estudio del concepto, contenido y extensión del contrato¹⁵. Sólo nos basta con fijar sus contornos más elementales al solo objeto de obtener el resultado de si la institución que estamos sometiendo a nuestro cuidado, asunción de deuda, le pertenece.

Sin llegar a aquellas concepciones supracontractuales (Obergriff) que exorbitaban el contenido del contrato hasta el extremo de hacerlo presidir todo el ordenamiento jurídico, tanto privado como público (contrato de matrimonio, contratos sucesorios, contratos administrativos de todo género de relaciones públicas, tratados internacionales, concordatos, etc.)¹⁶, sino limitándonos a una concepción más estricta, referida exclusivamente al Derecho privado y, dentro de éste, al denominado derecho patrimonial. En este último sentido es definido por algunas legislaciones, como la Italiana¹⁷. De igual modo lo hacen algunos autores patrios, como Díez-Picazo, para el cual el contrato es «todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una

¹⁵ Vid. para un estudio más exhaustivo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Relaciones jurídicas bilaterales*. En R.G.L.J., 1904; GIMENO LINARES, *Del concepto del contrato*. En la misma revista, 1930, pp. 249 ss.; LEGAZ LACAMBRA, *Contrato y persona*, en R.D.P., 1940; ROCAMORA, *La crisis del contrato*. En R.C.D.I., 1942, pp. 569 ss.; PÉREZ SERRANO, *El nuevo sentido del contrato*, Conferencias celebradas en la Real Academia de Jurisprudencia, publicadas en extracto en la R.D.P., 1943, pp. 264 ss.; Demófilo DE BUEN, *Ensayo sobre el concepto de contrato*, Quito, 1952; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, 2 vols. Trad. española de Fontanarrosa, Sentis y Volterra, Buenos Aires, 1952; Gino GORLA, *El contrato*, 2 vols., trad. y notas de J. Ferrandis, Barcelona, 1959; MESSINEO, *Il contratto in genere*, 2 tomos, Milano, 1968 y 1972; SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, Madrid, 1966. Cfr. la bibliografía citada por CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1974, pp. 399 ss.

¹⁶ Díez-PICAZO y GULLÓN, al referirse a esta amplia concepción de contrato, la condenan en la siguiente frase: «El Derecho es el reino del contrato, y donde acaba el contrato también acaba el Derecho y comienza el reino de la fuerza», *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1977 (reimpresión), p. 29.

¹⁷ El Código civil italiano vigente de 1942, restringiendo el sentido amplio del Código anterior de 1865 (art. 1.098), define el contrato así: «el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí, una relación jurídica patrimonial» (art. 1.321).

relación jurídica patrimonial»¹⁸.

Partiendo de un lado, de la concepción tradicional y clásica del contrato; y de otro lado, como institución perteneciente al Derecho civil patrimonial, deducimos que el contrato es el instrumento idóneo no sólo para crear o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, sino también capaz para *modificarlas*. Y si la asunción de deuda entraña una modificación —pues nada crea y nada extingue—, a diferencia de la novación que, por el contrario, extingue y crea, en una relación jurídica ya producida, ya existente, resulta claro que esta figura de la asunción de deuda, está perfectamente encuadrada dentro de los contornos del concepto de contrato y como una variedad del mismo, de los que podemos denominar *contratos modificativos de relaciones jurídicas patrimoniales*, siendo éstos el género y la asunción de deuda su especie.

Una relación jurídica obligatoria que permanece la misma a pesar de operarse una sustitución de deudores, es siempre una *modificación subjetiva pasiva* de una relación obligatoria. El convenio por el que dicha relación se modifica, es un contrato, *cuyos efectos consisten en modificar*, precisamente.

Sin embargo, y respecto a la concepción más o menos extensiva que del contrato puede hallarse en el Código, no toda la doctrina jurídica se encuentra armónica, pues mientras unos, aún dentro del sentido patrimonialista y del derecho privado, extienden el contenido del contrato no sólo a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales¹⁹, sino a la modificación y extinción de las mismas²⁰, otros, en cambio, con un criterio más limitado, con una interpretación más «ad litteram legis», conciben el contrato únicamente, como creador de obligaciones, sin que pueda extenderse a la modificación y mucho menos, a la extinción²¹.

¹⁸ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, p. 89.

¹⁹ De acuerdo con la observación formulada por MESSINEO a propósito del art. 1.321 del vigente Código civil italiano de que la expresión «relación jurídica patrimonial, ha sido empleada para comprender también la figura del contrato que produce efectos reales» (Dottrina generale del contratto, num. 6).

²⁰ En este grupo, podemos incluir autores como CASTAN, ALBALADEJO, PUIG BRUTAN, PÉREZ Y ALGUER, PUIG PEÑA, DíEZ-PICAZO, etc.

²¹ Siguen esta concepción SÁNCHEZ ROMÁN y J. BELTRÁN DE HEREDIA.

Esta última concepción es criticada por Albaladejo, quien formula contra la misma lo siguiente: «Dentro del campo de tal Derecho de obligaciones podía parecer que nuestra Ley concibe al contrato exclusivamente como creador de éstas (ya que el artículo 1.254 del Código civil dice que «el contrato existe desde que una o varias personas *consienten en obligarse* respecto de otra u otras...»); mas, sin embargo, *también* cabe que el contrato se encamine a modificarlas o a extinguirlas. Únicamente que el artículo 1.254 ha tenido presente sólo el contrato en su papel de fuente de obligaciones (Cfr. art. 1.089)²².

Esta última observación, comentando el artículo 1.254 del Código civil, ha sido formulada también por Castán, en parecidos términos, cuando dice: «El artículo 1.254, más que expresar la naturaleza del mismo, parece que se propone señalar el momento de su nacimiento o perfección de acuerdo con la teoría espiritualista, clásica de nuestra patria a partir del Ordenamiento de Alcalá»²³. Sin embargo, en su aspecto puramente literal, es evidente que del artículo 1254, no se deduce otra cosa, sino que el contrato se circunscribe: a las relaciones jurídicas patrimoniales, a la creación de obligaciones y a señalar el momento de esa creación, sin perjuicio, por supuesto, como dice el autor comentado, de que «dentro de este ámbito, el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas variadísimas»²⁴, entre ellas, cabe señalar las de crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias.

Partiendo de esta concepción del contrato, como institución no sólo creadora de obligaciones, sino capaz de modificar cualquier relación jurídica, siempre que ésta tenga un contenido económico, patrimonial, Pérez González y Alguer, llegan a incluir, expresamente, dentro del ámbito del contrato, la figura de la asunción de deuda, como una especie de los contratos de modificación de relaciones obligatorias. «Si bien del tenor literal del artículo 1.254 del Código civil español pudiera parecer a primera vista que la única categoría de contratos reconocidos por él es

²² *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 1975, pp. 304 ss.

²³ *Derecho civil español, común y foral*, 11.ª ed., Madrid, 1974, t. III, pp. 410 y 411.

²⁴ *Op. cit.*, p. 411.

la de los obligatorios, nada se opone a admitir que, en virtud de un contrato, cabe también extinguir una relación obligatoria, ceder un crédito o *asumir una deuda*»²⁵.

Por ello, siguiendo estos comentaristas la línea conceptual trazada, definen, sin más inconvenientes, la asunción de deuda como un *contrato*, al decir: «I. Por todo lo que llevamos dicho, podemos afirmar la posibilidad de que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se concierte un *contrato* por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor», o bien, «II. ... creemos que la asunción de deuda puede concluirse también en nuestro derecho mediante *contrato* del que asume aquélla con el acreedor o con el deudor»²⁶.

En virtud de todo lo que llevamos expuesto, podemos, a manera de resumen, formular las siguientes conclusiones:

1.ª Que en nuestro Código civil no existe una definición de contrato.

2.ª Tampoco aparece una definición del contrato de asunción de deuda, ni siquiera un concepto de asunción de deuda del que pudiera deducirse su naturaleza contractual sin más explicaciones. Nada más lejos de ello, puesto que tampoco existe una regulación específica de esta figura, habiendo sido, incluso, discutible su admisión dentro de la normativa de dicho Código.

3.ª Que es evidente, puede definirse dentro de nuestro Código, de acuerdo con las notas características ofrecidas por el Título II en relación con el Título I del Libro IV.

4.ª Y que, por tanto, la asunción de deuda, en el sentido amplio de que se ha dejado hecho mérito, puede ser considerada en nuestro Derecho, como un contrato, ya que para producir la modificación de una relación obligatoria, es necesaria la presencia de un acuerdo entre partes —consentimiento— «sobre un objeto cierto que sea materia del contra-

²⁵ *Notas al Derecho de obligaciones* de ENNECCERUS, t. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1954, p. 144.

²⁶ *Op. cit.*, p. 431.

to» (art. 1.261, 2.º), y este objeto es la relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor que es, también, objeto de la modificación. De este acuerdo resultan personas obligadas, pues la prestación del asumierte, en suma, es hacerse cargo de la obligación preexistente del deudor, pues le sustituye.

Dicho así, parece claro que la asunción de deuda reviste en nuestro Derecho la naturaleza de un contrato: acuerdo de un tercero —asumierte— bien con el acreedor (asunción expromisoria), bien con el deudor (asunción delegatoria), para llevar a cabo la modificación subjetiva pasiva de la relación obligatoria de la que éstos (acreedor y deudor) forman parte.

Esta conclusión no ofrece duda si el contrato no solo crea, sino que también modifica. Sin embargo, y dado precisamente que en nuestro Código civil, ni existe una definición del contrato en abstracto, ni tampoco una regulación específica, como contrato típico de la asunción de deuda, surgen las dudas, como veremos a continuación:

Así, hay otros autores que, sujetándose a su mayor rigor interpretativo, entienden que a nuestro Código el contrato no puede tener otro sentido que el de fuente creadora de obligaciones²⁷, y sólo eso. Entre ellos, José Beltrán de Heredia, enjuiciando el artículo 1.254 en relación con el artículo 1.088, a propósito de criticar y comentar una serie de sentencias del Tribunal especial de contratación en Zona roja²⁸, dice: «Pero debe decirse que nuestro Código civil sigue en este punto el sistema clásico puro, recogido más tarde por el Código civil francés (art. 1.101) en el que se inspira el legislador español. Consiste este sistema en reducir el contrato al acuerdo de voluntades dirigido a la creación o nacimiento de relaciones jurídicas obligatorias. En efecto, según el artículo 1.254, «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar

²⁷ SÁNCHEZ ROMÁN le define en sentido muy estricto como «convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra o varias, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer», *Estudio de Derecho civil*, t. IV, pp. 148 ss.

²⁸ Sentencias de 8, 13 y 20 de febrero de 1945, entre otras.

algún servicio». Definición que debe ponerse en relación con el artículo 1.088, el cual está indicando que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». En su virtud, aquel *obligarse* del artículo 1.254 debe entenderse como «obligarse a dar alguna cosa, hacer o no hacer algo» (prestar algún servicio). Contrato, pues, exclusivamente obligatorio; y dentro de éste, además simplemente constitutivo de obligaciones. No tiene aquí cabida, ni la modificación, ni mucho menos la extinción de relaciones obligatorias.

Finalmente, y como consecuencia de esta interpretación ajustada al texto, sentido literal del Código, el citado Profesor llega a concluir: «Como consecuencia de esto, en nuestro sistema legislativo, debe afirmarse que un acuerdo de voluntades dirigido a extinguir una relación jurídica, no es verdaderamente un contrato, sino todo lo contrario»²⁹.

Ferrandis sigue esta misma trayectoria como lo demuestra en sus notas a la obra de Gino Gorla: «En el texto se advierte que el término «contrato» se emplea en este libro en su sentido más restringido significado, es decir, en el de «convención o acuerdo que engendra obligaciones». Pues bien, debemos advertir, por nuestra parte, que ese restringido significado es el que entre nosotros tiene siempre el contrato»³⁰.

Ahora bien, dado este sentido estricto del contrato como convenio de creación de relaciones obligatorias, incapaz de extinguirse no de modificarse, y significando la asunción de deuda un convenio por el que se *modifica* una relación preexistente, parece evidente que dicha asunción de deuda sea un negocio jurídico no constitutivo de contrato, pues como dice el citado profesor Beltrán de Heredia (J.): «... pacto, convención, acuerdo o negocio jurídico bilateral. Estos, en nuestro Derecho positivo, quedan como el género del que el contrato es simplemente la especie»³¹. Tal vez por ello, no aparezca el término contrato en el artículo relativo a la novación en sus dos acepciones de extintiva y modifica-

²⁹ José BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las Obligaciones*, Madrid, 1956, p. 70 y s.

³⁰ José FERRANDIS VILELLA, Notas a la obra de GINO GORLA, *El contrato*, Barcelona 1959; BOSCH, traducido por el mismo Ferrandis de la 2.ª ed. Italiana, *Il contratto*, t. I, p. 28.

³¹ J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, op. cit., p. 71.

tiva que, además, aparece regulada en la parte general de obligaciones (Capítulo IV, del Título I: «De las obligaciones», arts. 1.156 y 1.203 a 1.213).

Por el contrario, en aquellos Códigos civiles en que el concepto de contrato se extiende no sólo a la creación de relaciones obligatorias, sino también a la transmisión, modificación y extinción de las mismas, se regula la figura de la asunción de deuda, como verdadero y propio contrato. Así, el B.G.B. alemán define el contrato en el artículo 305: «Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa». Y en perfecta congruencia con dicho precepto define la asunción de deuda en los arts. 414 y 415: «Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor de forma que el tercero se subroga en la posición del anterior deudor» y «si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación sólo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación, las partes pueden modificar o invalidar el contrato», respectivamente.

Lo mismo podemos decir del Código civil italiano, en que también es posible el contrato de modificación de relaciones obligatorias, según se desprende del contenido literal del artículo 1.321, que da al contrato la suficiente amplitud: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial». Y en armonía con el mismo, regula la asunción de deuda como contrato, bajo el nombre de «acollo», en el artículo 1.273, en el que, si bien en el primer inciso lo menciona con carácter genérico bajo la expresión de «convenzione», en el último inciso utiliza de modo específico el término «contratto». «In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale è avvenuta».

Pero a estas concepciones restringidas del contrato que observamos en algunos autores, como convenio, acuerdo o pacto para crear

obligaciones³², ¿es posible poder incluir la figura de la asunción de deuda dentro de su ámbito? ¿Es posible conciliar ambas concepciones? Creemos que sí, y ello por las razones siguientes:

a) El contrato es fundamentalmente un acuerdo entre partes —como dice el Código civil italiano (art. 1.321: «Il contratto è l'accordo di due o piú parti...»)— y de dicho acuerdo surgen obligaciones.

b) La asunción de deuda es también un acuerdo entre partes (una de las cuales es siempre un tercero, el asumiente o asuntor, ajeno a la relación obligatoria preexistente entre un acreedor y un deudor; y otra parte es el acreedor o bien el deudor, supuestos, respectivos de expromisión o de delegación).

c) De dicho acuerdo surge una obligación siempre para el tercero (asumiente). Obligación consistente en asumir, en tomar para sí (como dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) la obligación del deudor.

d) El hecho de la asunción, o sea, el acto jurídico por el que se realiza la asunción, por el que se produce la sustitución del deudor por el tercero, quedando aquél liberado, por el que... en definitiva, la relación obligatoria anterior se altera o modifica en su extremo pasivo, no significa otra cosa sino el cumplimiento de la obligación contraída, la consumación del contrato.

El cumplimiento de la obligación del tercero, es el hecho de asumir, y este hecho no es otra cosa, sino el resultado del contrato. Como dice Puig Brutau: «conviene no perder de vista la utilidad de distinguir entre la perfección y la consumación del contrato, que son momentos en todo caso susceptibles de quedar distanciados. Así, el acto por el que el comprador paga el precio de la cosa comprada no debe quedar equiparado a un contrato aunque habrá habido voluntad de pagar y asentimiento por parte del acreedor-vendedor, en el sentido de admitir

³² POTHIER escribe para el Derecho civil francés: «Una convención o un pacto (pues son términos sinónimos) es el consentimiento de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla: "La convención que tiene por objeto formar obligaciones es la que se llama *contrato*"», en su obra *Traité des obligations*, (n.º 3) L.1, paragr. 1 ff. de Pact.

el pago y extinguir el crédito. La equiparación nunca podría desvanecer esta diferencia, a saber, que si el pagar se ajusta a lo pactado podrá tener lugar incluso contra la voluntad del acreedor por medio de la consignación (arts. 1.176 a 1.181 del Código civil), pues en ésta el pago por parte del deudor tiene lugar de manera netamente separada del pago del acreedor. Pero, en cambio, si con motivo del precio debido, el comprador ofreciera al vendedor otra prestación distinta del precio convenido (v.g. una dación de bienes en pago), indudablemente se trataría de la celebración de un convenio novatorio equiparable al concepto de contrato porque se trata de algo que no complementa sino que altera lo primeramente convenido y ha de tener, por consiguiente, la misma jerarquía que el primer convenio»³³.

No obstante lo expresado, este autor se muestra decidido partidario de un concepto más amplio de contrato, considerado éste en abstracto; estableciendo una relación entre el referido artículo 1.254 del Código civil y el número 1.º del artículo 1.280 del mismo cuerpo legal: «Los actos y *contratos* que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», y a este respecto dice: «tal vez en este caso no estará de más hacer notar que el contrato dirigido a crear, transmitir, modificar o extinguir un derecho real podrá ser el mismo contrato creador de una obligación»³⁴. Por lo que termina por concluir, sentando la siguiente tesis: «Creemos que, en definitiva, debe prevalecer el criterio que está expresamente proclamado en el artículo 1.321 del vigente Código civil italiano: «el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial»³⁵.

Finalmente, y en defensa de la tesis que restringe el concepto de contrato al convenio de creación de obligaciones, podemos manifestar que ello no es obstáculo para proclamar el carácter contractual de la asunción de deuda, y ello en función de las consideraciones siguientes:

Que si la asunción de deuda es la sustitución de un deudor por otro

³³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, Barcelona, 1956 y 1959, p. 50.

³⁴ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, op. cit., p. 49.

³⁵ *Ibidem*, p. 51.

en una misma relación obligatoria, con liberación del deudor sustituido y permaneciendo la misma relación, es evidente que se ha producido una modificación (subjctiva-pasiva) en dicha relación. Pero, es también muy cierto que esta modificación de ninguna manera ha sido producida en virtud de convenio entre las partes de la relación modificada, o sea, el acreedor y el deudor. Y si no ha habido convenio —que es el género— no ha podido haber contrato —que es su especie—. La modificación se ha producido por la intervención de un tercero ajeno a dicha relación, es decir, en virtud de un convenio celebrado por el tercero (que es el único que siempre interviene, con carácter indispensable), ora con el acreedor, ora con el deudor. En virtud de este convenio, surge, desde luego, una obligación para el tercero, la obligación de hacerse cargo de la obligación del deudor que, por ello, produce el efecto de quedar éste liberado. Y si este convenio es creador de obligaciones, cuyo efecto es la modificación de una relación jurídica de la que el asumierte no era parte, es indiscutible que constituye contrato en el sentido más estricto en que podemos interpretar el tan repetido artículo 1.254 del Código civil.

La asunción de deuda es un contrato, cuyo concepto no es incompatible con la doctrina jurídica y que halla su posibilidad dentro del contenido del Código civil.

A mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial así lo califica, como puede comprobarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1950, cuando en su segundo considerando dice: «que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el *contrato* por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo». Sentencia que, como vemos, viene a ratificar la tesis que sustentamos del aspecto o carácter contractual de la asunción de deuda.

En el mismo sentido se define la Sentencia de 16 de junio de 1908. Esta sentencia no utiliza la expresión «asunción de deuda» (propia de la terminología alemana: «Schuldübernahme»), pero la contempla como un supuesto de subrogación convencional, de sustitución de deudores. Tampoco la define, pero, en cambio, la califica como un *contrato* a favor

de tercero, lo cual se deduce de su primer considerando, que dice: «Considerando que el precepto del artículo 1.205 del Código, no significa ni requiere que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor, se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerdan la sustitución, *porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor*, basta con que éste manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente, por cuya razón, habiendo «La Unión y el Fenix Español» requerido a la «Sociedad General Azucarera» para que le pague el importe de una prima de seguro pactado con la «Azucarera de Villaviciosa» es manifiesta la aplicación de dicho precepto legal sobre la base o supuesto de la existencia de la subrogación».

El referido considerando es consecuencia de la estimación que hace del undécimo Resultando, con el que se relaciona, y en el que, previa cita de la Sentencia de 7 de mayo de 1897 (relativa a la ratificación de los contratos, lo que en este caso supone la actitud del acreedor respecto al convenio o acuerdo de los deudores) dice: «al establecer y reconocer repetidamente que no puede menos de reputarse ratificado un contrato cuando la persona que ha de ratificarlo ejercita en juicio las acciones creadas a su favor por virtud del contrato mismo»³⁶.

Por todo ello, podemos concluir que *la asunción de deuda es un negocio jurídico de especie contractual de acuerdo con la doctrina jurídica, la doctrina jurisprudencial y el propio sentido del Código civil español* (art. 1.254 en relación con los arts. 1.088 y 1.089).

III. Características del contrato de asunción de deuda

Si, como se ha dejado hecho mérito, la asunción de deuda es un contrato, ésta ofrece, como tal, una peculiaridad de caracteres que hemos incluido en la definición consignada al principio: consensualidad, bilateralidad o unilateralidad, onerosidad o gratuidad y conmutatividad.

³⁶ La expresión contenida en dicha sentencia «las acciones creadas a su favor» (a favor del acreedor) nos revela la naturaleza del contrato a favor de tercero.

1. *Consensualidad*: La asunción de deuda es un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento, bien se produzca éste entre el acreedor y el tercero (procedimiento expromisorio), bien entre éste y el deudor (procedimiento delegatorio), asumiendo dicho tercero, en ese instante mismo, la obligación de que es titular el deudor sustituido respecto a su acreedor. O sea, la obligación existe en el nuevo deudor desde el momento mismo en que ambas partes consienten, desde que se produce el concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto mismo en que la asunción de deuda consiste, de acuerdo con lo prevenido para el consentimiento en los contratos en el artículo 1.262 del Código civil, en relación con el artículo 1.258 del citado cuerpo legal: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias...».

Si bien en el supuesto caso de asunción por delegación, o sea, cuando el contrato se celebra entre el deudor y el tercero, es requisito indispensable que el acreedor tenga conocimiento del contrato y lo ratifique, da la impresión que el contrato de asunción no puede perfeccionarse hasta la concurrencia de dicho requisito. Esto no es así por cuanto el acreedor no es parte en el contrato de asunción de deuda. Lo único que sucede es que los efectos de dicho contrato no le afectan en tanto dicho acreedor no acepte la sustitución de su deudor. El contrato ha nacido entre las partes contratantes, deudor y asumiente, y sus efectos, respecto al acreedor quedan suspensos y no se producen hasta el acto de la ratificación por éste. Lo cual no puede interpretarse como supuesto de inexistencia del contrato, pues en definitiva, el asumiente queda obligado respecto al deudor al cumplimiento de su obligación de pagar, en su momento, al acreedor, pues si no lo hiciera, podrá dicho deudor ejercitar sobre el asumiente, la correspondiente acción de cumplimiento. Lo que está en perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo citado 1.258: «y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado (efectos entre ellos mismos), sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (efectos respecto al acreedor en el supuesto de ratificación). La no ratificación del acreedor al contrato celebrado entre

el deudor y el tercero, lo único que nos revela es la existencia de otro tipo de asunción de deuda, la denominada asunción acumulativa o acumulativa, o como dice nuestro Tribunal Supremo, asunción «interna»³⁷.

2. *Unilateralidad o bilateralidad*: El contrato de asunción de deuda puede ser unilateral o bilateral, en el sentido de generar obligaciones para una sola de las partes o para ambas.

Si la asunción de deuda es una operación consistente en el cese de un deudor para que ocupe su plaza un tercero, bien sea mediante acuerdo entre ambos (que el acreedor ratifica a fin de darle efectividad respecto a él y a la liberación del deudor), bien mediante acuerdo entre dicho tercero y el acreedor, parece *prima facie*, que el acuerdo es simplemente unilateral, porque sólo para el tercero (el asumiente) ha surgido una obligación: la que había de satisfacer en su día el deudor que, por ello, queda liberado. No parece que haya contraprestación por parte del deudor a cambio de su liberación, ni por parte del acreedor que sigue siendo titular de su derecho de crédito y a nada se obliga.

Sin embargo, el problema puede ser más complejo. El contrato de asunción de deuda, independientemente de la obligación de asumir, puede encontrar para la otra parte contratante otras obligaciones a cambio de la expresada, sin que por ello lleve consigo la desnaturalización del contrato de asunción de deuda, destruyendo su propia finalidad: la de colocar a una persona, ajena a la relación obligatoria entre deudor y acreedor, en el lugar que viene ocupando aquél. Pero si contemplamos el elemento causal del contrato de asunción de deuda, que no tiene, ni tiene porqué tener relación con el elemento causal de la relación obligatoria sobre la que va a operar dicho contrato (el de asunción de deuda) ha podido tener su origen en una compensación de derechos y obligaciones de la que trae su causa (ejemplo: contrato de transacción, de compraventa, de préstamo, etc.). En este caso, resultan obligadas ambas partes: el asumiente, a satisfacer en su día al acreedor la deuda del deudor, que ha adquirido, que le ha sido transmitida, valga la

³⁷ Sentencia de 12 de abril de 1945. A la que llama también «promesa de liberación» (Vid. Considerando primero).

expresión, que ha hecho suya tomándola para sí, y el deudor, a no cobrar el crédito que tenía con el asumierte (compensación), o bien el acreedor a no exigir en su día el asumierte el cumplimiento de la obligación asumida por compensación de la que, a su vez, y con independencia de la relación que mantenía con el deudor liberado, era titular respecto a dicho asumierte de otra obligación, en virtud de una relación jurídica distinta. Por ello, la asunción de deuda tiene una trascendental importancia en el tráfico jurídico, en cuanto que representa una gran economía por la forma en que agiliza las transacciones. Han surgido recíprocidades de obligaciones en virtud de un solo negocio jurídico: el contrato de asunción de deuda.

En estos supuestos que contemplamos, es evidente que el contrato celebrado tiene carácter bilateral; bilateralidad que no viene expresada por el hecho de la intervención de dos o más personas, sino por el supuesto de generar obligaciones para ambas partes contrapuestas, para las partes concurrentes.

Por consiguiente, podemos concluir: *que el contrato de asunción de deuda puede ser tanto unilateral como bilateral, según los casos, y que la unilateralidad o bilateralidad habrá que determinarla en función de la relación causal que le da origen*, o sea, si se han producido o no prestaciones jurídicas, lo que, a su vez, estará en perfecta concordancia con el aspecto gratuito u oneroso, respectivamente, de la relación asuntiva.

3. *Onerosidad o gratuidad*: Los contratos, atendiendo a su carácter patrimonial, o sea, a su función económica³⁸, pueden clasificarse en *onerosos* o *gratuitos*, llamados también estos últimos, *lucrativos*, *negocios de liberalidad* e incluso con la expresión más impropia de *negocios de «pura beneficencia»*³⁹. Así, Castán, los clasifica y define: «Dividense los contratos a este respecto en *onerosos* y *gratuitos*. Los primeros son

³⁸ Partimos de la clasificación tripartita del negocio jurídico, en negocio jurídico de derecho familiar, negocio jurídico de derechos afectos a la personalidad y negocios jurídicos de contenido económico, o sea, los llamados negocios jurídicos patrimoniales.

³⁹ Así lo expresa el Código civil en el artículo 1.274, al referirse a la causa de los contratos: «... y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

aquellos en que cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación. Los segundos (llamados también lucrativos, y, en términos menos propios, de beneficencia), son aquellos en que uno de los contratantes se propone proporcionar al otro una ventaja sin equivalente alguno⁴⁰.

Fijándose en el aspecto puramente económico, y refiriéndose a los negocios jurídicos patrimoniales en general, más que a los contratos específicamente considerados, dice Díez-Picazo que, «los negocios jurídicos que tienen por objeto determinar atribuciones patrimoniales⁴¹ pueden clasificarse en negocios jurídicos onerosos y negocios jurídicos gratuitos⁴².

Los primeros —onerosos— suponen atribución patrimonial a cada una de las partes del contrato, existiendo, además, una correlación entre dichas atribuciones —prestaciones y contraprestaciones—, o, dicho de otro modo, que exista entre el beneficio y el perjuicio que el sujeto percibe y realiza, una relación de causalidad.

Los segundos, llamados también lucrativos o negocios de liberalidad, son aquellos en que una sola de las partes recibe una atribución patrimonial sin dar nada a cambio (praestare).

En los primeros existe la reciprocidad. De aquí que se denominen también obligaciones recíprocas. En los segundos, la reciprocidad no existe.

Generalmente, los negocios jurídicos onerosos presuponen la bilateralidad. Y decimos, generalmente, por cuanto que a lo aducido puede haber cierta excepción.

⁴⁰ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1974, 11.ª ed., t. III, pp. 428 y s.

⁴¹ La expresión «atribución patrimonial» es un concepto utilizado y analizado por DÍEZ-PICAZO a través de la obra de los alemanes BEKKER, REGELSBERGER, ENNECCERUS y VON THUR, entendiéndose con este último que «en el concepto de atribución deben comprenderse aquellos negocios jurídicos y, eventualmente también, los actos de carácter o de naturaleza no negocial, por medio de los cuales una persona proporciona a otra una ventaja o un beneficio patrimonial», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría de contrato. Las relaciones obligatorias*, 1.ª ed., 1970 (reimpresión 1972), p. 71.

⁴² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 70.

Por consiguiente, la onerosidad o gratuidad del contrato hay que deducirla de la existencia o no de atribuciones patrimoniales recíprocas.

Cosa distinta es la equivalencia de valores en la reciprocidad de las prestaciones (prestaciones y contraprestaciones), sobre todo para que puedan o no puedan entrar en juego las normas contenidas en el artículo 1.124 del Código civil, sobre la facultad que corresponde a una de las partes de resolver las obligaciones cuando son recíprocas. Creemos que no es necesaria la equivalencia o igualdad de valores de unas prestaciones y otras, sin perjuicio de que se realicen las unas en función de las otras. Este es el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de febrero de 1951⁴³: Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 1.274 del citado Código civil, en el que se alegaba como fundamento que «las prestaciones recíprocas de los contratantes han de tener igual valor dinerario», el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente en virtud del razonamiento que hace en el siguiente Considerando: «porque las obligaciones recíprocas, en cuya prestación o promesa se ha de entender, conforme al artículo 1.274 del Código civil, que tiene su causa para cada parte contratante el contrato oneroso, son las que una a otra se contraponen, de tal modo que si una se incumple, no es exigible por el incumplidor la a ella contrapuesta, *sin que las caracterice una equivalencia e igualdad de valoración que si hubiera de concurrir en todo contrato sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del mencionado Código*»⁴⁴. En conclusión, el contrato se llama oneroso cuando es creador de obligaciones recíprocas, cuyos contenidos económicos no han de ser necesariamente de idéntico valor⁴⁵.

⁴³ Citada por CASTAN en su obra *Derecho civil...*, op. cit., 11.ª ed. 1974, t. III, p. 429, nota 1. Comentado por Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid, 1978, p. 44 ss.

⁴⁴ En este mismo sentido, la Sentencia de 19 de enero de 1948.

⁴⁵ A este respecto, pueden consultarse las obras de FUENMAYOR, *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos* (A.D.C., 1950, pp. 1.181 ss); PRADA GONZÁLEZ, *La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos* (A.A.M.N., t. XVI, Madrid, 1968, pp. 255 ss.), especialmente pp. 276 ss. Y la de los Italianos MOSCO, *Onerosità e gratuità*, Milano, 1942; TILOCCA, *Onerosità e gratuità* (en Riv. trim. di diritto o procedura civile, 1953, pp. 53 ss.). También más recientemente LOPEZ LACOSTE, *Sobietà aoria de la equivalencia contractual*, en Homenaje al profesor F. de Castro, t. II, 1976, pp. 841 ss.

Entendida así la onerosidad y gratuidad de los contratos, nos preguntamos: ¿es oneroso el contrato de asunción de deuda?, ¿es, por el contrario, gratuito? ¿Puede, tal vez, conforme a su naturaleza, ser su característica el revestir la doble condición de oneroso o de gratuito, indistintamente?

Al utilizar los mismos argumentos expuestos anteriormente sobre la doble característica de unilateralidad o bilateralidad (que no vamos a repetir) y dada la correlación de prestaciones, es indudable que por su origen puede revestir una cualquiera de estas dos modalidades. La prestación es el contenido de una obligación (dar, hacer o no hacer, como dice el artículo 1.088 del Código civil). Si existen dos prestaciones recíprocas, es indiscutible que existen dos obligaciones. Si estas obligaciones han surgido del mismo acto jurídico, o sea, del acuerdo o convenio de los sujetos contratantes (el tercero con el acreedor o con el deudor), correspondiendo una obligación por cada parte, y, existiendo entre ellas una relación de causalidad, el contrato será, pues, oneroso. Si, por el contrario, el tercero contrae la obligación de asumir la deuda del deudor, con ánimo de liberalidad, sin esperar nada a cambio y nada a cambio reciba, el convenio de asunción de deuda que celebra será, pues, un contrato gratuito. De aquí que, lo mismo que expusimos sobre unilateralidad o bilateralidad de los contratos, que le es aplicable, la asunción de deuda es un contrato que tiene como característica el poder revestir una cualquiera de estas dos modalidades, indistintamente, según los casos.

Por todo lo que respecto a los caracteres de la asunción de deuda hemos dejado expuesto, podemos concluir al modo como lo hiciera Sánchez Román respecto a la cesión de créditos⁴⁶, con la misma amplitud que iniciamos el análisis de sus caracteres, comprobada su enorme variedad y alternatividad, emitiendo el siguiente concepto: contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, conmutativo, en virtud

⁴⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, nos define la cesión de créditos con amplitud de caracteres del siguiente modo: «un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o lucrativo, conmutativo o aleatorio, por el que una persona transmite a otra los derechos y acciones que le competen contra un tercero, recibiendo o no del cesionario un equivalente».

del cual un tercero (asuntor o asumierte), mediante acuerdo expremisario o delegatorio, con el acreedor o con el deudor, respectivamente, y en este caso consentido por el acreedor, sustituye al deudor en la relación jurídica preexistente, liberándolo de su obligación.

4. *Conmutatividad*: En la definición extensiva que del contrato de asunción de deuda hemos dado al principio, hemos incluido el carácter de la conmutatividad.

Y, en efecto, si por conmutatividad entendemos que cada parte en un contrato tiene un conocimiento formal de la certidumbre y determinación de la equivalencia de sus prestaciones, desde el momento mismo de la perfección del contrato, en contraposición de lo que por contrato aleatorio se ha de entender, el contrato de asunción de deuda es un contrato ordinariamente conmutativo.

¿Puede, sin embargo, ser el contrato de asunción de deuda aleatorio? La respuesta no es nada fácil debido a la complicada problemática de la distinción entre conmutatividad y aleatoriedad. Su diferencia es algo que se nota, que se presiente, pero fijar los límites de la aleatoriedad es tarea difícil, por ser confusa. Como observa Castan: «Si se las define como aquellos en que hay un riesgo de ganancia o pérdida, no resultan bien delimitadas, pues el *alea* puede encontrarse en un gran número de contratos, por ejemplo, en la compraventa o en la sociedad. Y si se les caracteriza como aquellos en que la prestación o prestaciones no están determinadas, sino que dependen de un acontecimiento incierto, se les confunde con los contratos condicionales»⁴⁷.

Buena prueba de ello, es la imprecisión de la definición contenida en nuestro propio Código civil, artículo 1.790: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado», que tantos y tantas críticas ha suscitado en la doctrina jurídica y que sólo puede justificarse como valor descriptivo. Esto ha motivado que por algunos Códigos más progresistas ni se definan, ni se describan, excluyéndolos de un apartado específico, y regulando inde-

⁴⁷ CASTAN, *Derecho civil...*, op. cit., t. XVI, 1964, 9.ª ed. (reimpresión), p. 646.

pendientemente algunas especies de contratos aleatorios más importantes, como sucede, a título de ejemplo, en los Códigos alemán, italiano, suizo (Código de las Obligaciones) y en el vigente Código civil portugués⁴⁸, pese a que, tal vez, el Código portugués anterior (el de 1867) es el que contenía una definición más acertada, debido a la inclusión de los adjetivos *futuro e incierto*. Su artículo 1537, lo definía así: «Es contrato aleatorio aquel por el cual una persona se obliga para con otra, o ambas reciprocamente, a prestar o a hacer otra cosa, dado cierto hecho o acontecimiento *futuro e incierto*».

Cabe pensar que la insolvencia del nuevo deudor como consecuencia de haber asumido éste la deuda preexistente, constituye un indudable riesgo que ha de correr el acreedor al autorizar dicho cambio, y de tal modo, que podría resultar imposible la satisfacción del crédito de que dicho acreedor es titular. No olvidemos que, en el contrato de asunción de deuda, la sustitución de los deudores es perfecta, es acabada, de tal forma que para el supuesto de impago o insolvencia del nuevo deudor, el acreedor no puede en modo alguno dirigir su acción contra el antiguo deudor que, por efecto de la asunción propia ha quedado totalmente liberado, pues en otro caso estaríamos en presencia de una asunción impropia cumulativa o acumulativa, o en una agregación de un deudor más en una relación de solidaridad entre los mismos. Por consiguiente, el riesgo de insolvencia del nuevo deudor es algo que puede ocurrir y que de ocurrir sólo afectaría al acreedor. ¿Podría, por esto mismo, calificarse de aleatorio y no de conmutativo el contrato de asunción de deuda? Entendemos que no, pues este riesgo es común a toda clase de negocio jurídico, basado en la flaqueza humana, como algo

⁴⁸ El Código civil portugués, fue aprobado por Decreto-ley n.º 47344 de 25 de noviembre de 1966.

ajeno a la relación obligatoria que se constituye⁴⁹. Otra cosa distinta sería que los sujetos, de común acuerdo, introdujesen un álea como elemento componente de la relación contractual. Una cosa es que los contratos estén sujetos a los riesgos propios que puedan acaecer durante el proceso de su vida (desde la perfección hasta la extinción), y otra cosa muy distinta es que el riesgo juegue en el contrato el papel de protagonista, como riesgo causal del mismo, es decir, que la relación entre partes se concierte en función del propio riesgo. Como dice Manresa: «Por donde la característica verdadera del grupo aleatorio estriba, principalmente, en que el tiempo de la celebración del contrato no esté bien determinado ni sea cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestaciones»⁵⁰, o como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1911⁵¹, al querer diferenciar los contratos aleatorios de los conmutativos en que en los primeros el equivalente de los que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, como en los segundos, desde el momento de su celebración⁵².

5. *Problema en torno a la aleatoriedad del contrato de asunción de deuda. La aleatoriedad en relación con la atipicidad*: No obstante la afirmación que hemos consignado de que el contrato de asunción de deuda es ordinariamente conmutativo y no aleatorio, a pesar del riesgo que

⁴⁹ En este sentido PUIG BRUTAU: «Por la misma razón no son contratos aleatorios en este sentido propio algunos que ofrecen manifiesta incertidumbre en cuanto a su resultado definitivo. Cuando alguien adquiere un crédito dudoso, una nuda propiedad o un usufructo, ignora el alcance económico con que lo adquirido quedará definitivamente incorporado a su patrimonio. El deudor del crédito cedido puede resultar insolvente (cf. art. 1.529), la duración de la vida del usufructuario puede ser inferior o superior al promedio normal, etc. A pesar de ello, no se trata de contratos propiamente aleatorios, pues las partes cumplen sus obligaciones respectivas de la manera precisamente determinada al celebrar el contrato.

Lo aleatorio, en estos que separamos de los propiamente tales, puede decirse que se manifiesta en el desarrollo normal y ulterior del derecho adquirido» (en *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1954, p. 478).

⁵⁰ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil Español*, t. XII, 6.ª ed. revisada por GÓMEZ YSABEL, Madrid, 1973, p. 6.

⁵¹ Recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, t. III, Aguilar, Madrid, 1961, p. 5.927.

⁵² Vid. VÁZQUEZ BOTE, *Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios en el Código Civil*, en R.C.D.I., 1969, pp. 356 y s.

puede suponer para el acreedor la insolvencia del nuevo deudor que sustituye al antiguo en la relación obligatoria que sobrevive al expresado cambio, cabe preguntarse, ¿puede sin embargo añadirse un álea al contrato de asunción de deuda de tal modo que lo transforme en contrato aleatorio, o, mejor dicho, que lo constituya como contrato aleatorio? Creemos que sí, que no hay obstáculo para ello. En efecto, puede resultar que la relación obligatoria entre un deudor y un acreedor sea aleatoria en el sentido de que el cumplimiento de la obligación por parte del deudor puede depender de un evento, puede estar sometido a un *alea*. La asunción de deuda cabe operarse lo mismo sobre una relación obligatoria de carácter conmutativo como de carácter aleatorio. Si en un supuesto concreto se trata de una relación aleatoria y el asumiente, mediante el contrato de asunción de deuda, se coloca en el lugar del hasta entonces deudor, permaneciendo la relación obligatoria la misma —*in idem debitum*— ésta no perderá el carácter aleatorio que tuviere. Lo mismo si es conmutativo. Por consiguiente, si la relación sobre la que se opera la asunción de deuda es aleatoria, aleatorio será, por tanto, el contrato de asunción de deuda. Máxime si, como más adelante demostraremos, la asunción de deuda es un contrato abstracto, y por ello, las excepciones que el asumiente hará valer contra el acreedor, no serán las propias del contrato de asunción, sino las derivadas de la relación obligatoria sobre la que se opera, o sea, las que pudieran corresponderle al deudor saliente, las que éste pudiera oponer a su acreedor caso de haber seguido en dicha relación.

En conclusión, podemos decir que en esta materia, la asunción de deuda asume, además, la característica conmutativa o aleatoria de la relación obligatoria sobre la cual opera. Si conmutativa es ésta, conmutativa será aquélla; si aleatoria es aquélla, aleatoria será, también, ésta.

No obstante lo dicho, pueden formularse a esta teoría las siguientes objeciones:

1.ª ¿Es condición necesaria para la aleatoriedad que el contrato sea oneroso?

2.ª ¿Pueden existir, en nuestro Derecho, contratos aleatorios atípicos?

Respecto a la primera cuestión que se plantea, se puede decir que la mayoría de la doctrina jurídica se muestra unánime en considerar la onerosidad como condición necesaria para los contratos tanto conmutativos como aleatorios, tanto por parte de autores españoles como extranjeros. Así, Manresa, al darnos una clasificación y concepto de ambos contratos se expresa de tal forma: «considerando el grupo de los contratos onerosos, esto es, de aquellos en que cada una de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y que se reputa equivalente —con lo cual ambos contratantes tienen un interés pecuniariamente apreciable—, considerando este grupo, repetimos, se advirtió que interinamente comprendía otros dos términos, porque a veces el equivalente pecuniario de la contratación está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, al paso que otras no lo están, dependiendo su determinación de un acontecimiento venidero.

Púsose por nombre a los primeros, contratos *conmutativos*, y a los segundos, el de *aleatorios*, dando raíz a esta denominación una antigua palabra latina, *alea*, que quiere significar tanto como riesgo, azar o suerte⁵³. En igual sentido: «Los contratos aleatorios (de alea, suerte) se contraponen a los conmutativos en la clasificación de los contratos *onerosos*»⁵⁴. «Los contratos *onerosos* se subdividen en conmutativos y aleatorios o de suerte»⁵⁵. Y entre los italianos, Ruggiero, hace también la doble clasificación partiendo del carácter oneroso: «Los contratos a título *oneroso* se subdivingen a su vez en aleatorios o de suerte y conmutativos»⁵⁶. Con sentido más imperativo, dice Díez-Picazo: «Los negocios aleatorios son siempre negocios *onerosos*, porque en ellos cada una de las partes busca su propia utilidad o su propia ventaja y el doble juego de atribuciones forma parte del esquema negocial»⁵⁷ y, señala

53 MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, 6.ª ed., revisada por Gómez Ysabel, Madrid, 1973, p. 6.

54 CASTAN, *Derecho civil...*, op. cit., t. IV, pp. 644 y s.

55 ESPIN, *Derecho civil español*, Madrid 1959, vol. 3.º, pp. 401 ys.

56 RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4.ª ed. italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz-Tejeiro, t. II, vol. 1.º, p. 267 y s.

57 Díez PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 73.

como uno de los caracteres más destacados, la onerosidad: «La onerosidad. Las obligaciones que asumen las partes son recíprocas y sinalagmáticas. La una tiene por causa la obligación asumida por la otra parte»⁵⁸. El propio artículo 1.970 del Código civil, aunque no utiliza el término *oneroso*, parte de este presupuesto, cuando prescribe que, «... se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer...». Expresión ésta, la de este artículo, que arrancó el siguiente comentario: «El artículo 1.790 define el contrato aleatorio como si fuese más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el artículo 1.274, al decir que una de las partes o ambas recíprocamente se obligan a dar o hacer una cosa en equivalencia de los que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (com. con el art. 1.274). Esta impresión favorable a su consideración como oneroso, se refuerza al ver que el Código deja de lado la regla que lo eximía de la rescisión por lesión, contenida en el Proyecto de 1888 y que, en cambio, se han recogido del Proyecto de 1851 los innovadores artículos 1.406 y 1.411. Ello, no obstante, parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa»⁵⁹.

Con el fin de no extendernos más, pues la relación de autores se nos haría interminable, podemos resumir esta cuestión, que por medio de una interrogante nos habíamos planteado, con la transcripción literal de Scaevola: «Quien otorga un contrato aleatorio, de los que deben regirse por ordenación de tales, habrá de hacerse la siguiente composición de lugar, que hemos apuntado ya: incierto es *per se* el resultado de este contrato, es decir, si ganaré o perderé en él; pero lo otorga con ánimo de una ganancia o de evitar un mal en trueque de un desprendimiento que hago o también bajo una condición que prometo, y análoga es, recíprocamente, la incertidumbre del que contrata conmigo»⁶⁰.

Mas, si la asunción de deuda, como hemos dejado expuesto, es un

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, pp. 414 y s.

⁵⁹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 273 y s.

⁶⁰ SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, p. 21.

contrato, y, además *oneroso*, puede, como tal, y por aplicación de todo lo razonado en este aspecto, clasificarse en conmutativo y aleatorio, como los demás contratos de este carácter, según responda, en cada caso concreto, a la existencia o no de un álea como constitutiva del mismo, como elemento causa, como su base y fundamento, del que depende la pérdida o ganancia para uno u otro o para ambos de los sujetos de la relación obligatoria. El asumiente, al hacerse cargo de la deuda de un deudor, introduce en su patrimonio un elemento pasivo, algo que hay que restar del activo, un valor negativo. Si por un evento, no tuviere que hacer efectiva la prestación de la obligación asumida, quedará eliminada de su patrimonio una partida que le restaba, lo cual, al no producirle una pérdida, se traducirá en una ganancia.

Sin embargo, hemos sostenido en el apartado anterior (apartado 3), que el contrato de asunción de deuda puede ser tanto oneroso como gratuito. Si en este último caso la asunción de deuda deviene contrato gratuito, nos preguntamos, ¿puede ser aleatoria dicha asunción? Con arreglo a la doctrina jurídica de que hemos dejado hecho mérito, es indiscutible que no. No obstante, hay autores, como Federico de Castro, que dan muestras de cierto recelo hacia la necesaria condición onerosa de los contratos para ser aleatorios: «parece imposible aceptar —dice el referido autor— que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa», lo que viene corroborando aún más con una relación de ejemplos: «En primer lugar, y sin necesidad de traer a cuenta los aleatorios atípicos, alguno de los mismos contratos regulados legislativamente, muestran que no caben en la definición del artículo 1.790; así, por ejemplo, la renta vitalicia a *título gratuito* (art. 1.807), el contrato a la gruesa (art.719 del C.c.) o la apuesta unilateral (art. 1.799). Por el contrario, el contrato de seguro (art. 1.º de la Ley del Contrato de Seguros, de 8 de octubre de 1980, n.º 50/1980), normalmente (pues podría también ser con un particular que hiciese un solo seguro) significa la compra de la liberación de un riesgo por el asegurado, mientras, que la Compañía aseguradora tampoco corre riesgo, pues lo ha eliminado, mediante el cálculo de probabilidades y el reaseguro. En el juego mismo, las más de las veces no hay tampoco verdadera equivalencia de las promesas, dada la desproporción entre las respecti-

vas probabilidades (p. ej., rifa de beneficencia, en la que los gremios carecen de valor).

En segundo lugar, la participación de estos negocios puramente aleatorios salta a los ojos, al considerar su significado patrimonial. Hecha la jugada o decidida la apuesta, el patrimonio de quien gana, se enriquece sin sacrificio o con uno insignificante, y el de quien pierde se empobrece sin contraprestación alguna. De ahí que falta a su deber el representante legal o administrador de patrimonio ajeno que «coloca» el dinero de su representado en juegos de azar, aún de los lícitos o permitidos (carreras de caballo, quinielas, lotería, Jai-Alai, p. ej.)»⁶¹.

Del mismo modo, se observa esta interrogante en otro civilista, Díez-Picazo, discípulo del anterior, cuando dice: «Sin embargo, como resultado del evento, puede ocurrir que un negocio aleatorio dé lugar de facto a una atribución que carezca de su correspondiente» y pone como ejemplos el juego y la compraventa de esperanza, «el jugador paga sin obtener nada —dice el autor—; el comprador de la spes paga el precio de la cuenta»⁶².

Poco importa, sin embargo, esta discriminación entre onerosidad y gratitud a efectos de la posible aleatoriedad en el contrato de asunción de deuda. El carácter oneroso o gratuito del contrato de asunción de deuda resulta indiferente para el mismo, ya que, como veremos en su momento oportuno, este contrato puede revestir naturaleza abstracta, en cuyo caso se inhibe de su elemento causal, desplaza su causa (lo cual no debe interpretarse en el sentido de que carezca de causa) y toma, por ello, sobre sí, las características y elementos de la relación obligatoria sobre la que el contrato de asunción de deuda opera.

De tal modo es esto así, que la aleatoriedad del contrato de asunción de deuda, no está en función del propio contrato, sino de la obligación que asume, la cual puede ser aleatoria o no. Por el contrato de asunción de deuda no sólo se asume la obligación, sino hasta el carácter mismo que la obligación tuviera; (se dice: la obligación permanece

⁶¹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 273 ss.

⁶² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 73.

igual y la misma); de tal forma es esto así, que si la obligación asumida es aleatoria, aleatorio resultará el contrato de asunción de deuda. Por ello, puede resultar que el contrato de asunción de deuda tenga carácter gratuito y ser, con independencia de este carácter, aleatorio. De aquí que formuláramos la tesis de la indiferencia que la onerosidad o gratuidad de este contrato en concreto, representa a la aleatoriedad del mismo. Lo cual, a su vez, no desvirtúa para nada, y así lo entendemos, la doctrina jurídica que proclama la base onerosa como condición indispensable para la clasificación de los contratos en conmutativos y aleatorios. Consideramos que son, para este caso, perspectivas distintas.

Así, puede ocurrir que, de un lado, entre un deudor y un acreedor exista una relación jurídica obligatoria de carácter aleatorio por su procedencia, por su origen oneroso. Entre los mismos, naturalmente, una relación de equivalencia en el sentido de que lo que para uno se pierde, para el otro se gana, como dijo un autor: «Mas a poco que se medita, se comprenderá cómo el riesgo surte sus efectos para los contratantes, en cuanto que, si una de las partes gana, perecerá la otra»⁶³, o como establece otro al referirse a los caracteres del contrato aleatorio: «Si el álea consiste en la posibilidad de una ganancia inseparable de una pérdida (ambas eventuales cuando se perfecciona el contrato), no hay duda de que las partes están obligadas *mutuamente*»⁶⁴. De otro lado se establece una relación obligatoria —contrato de asunción de deuda— entre el deudor de la relación anterior —ponemos por caso— y un tercero —el asumiente—, en virtud de la cual, y por un acto de liberalidad de éste (también por un acto lucrativo), sin recibir prestación alguna, el tercero asume la obligación del deudor (aleatoriedad). El contrato de asunción de deuda que se ha celebrado es gratuito y no oneroso, y sin embargo, el asumiente, al hacerse cargo de la obligación del deudor corre el riesgo de tener que satisfacer o no la deuda de dicho deudor, sin que, por tanto, el resultado que el riesgo representa para el asumiente, afecte en modo alguno al patrimonio de un deudor que, por el procedimiento de la

⁶³ DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, nueva ed. revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959, t. II, p. 333.

⁶⁴ DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, op. cit., pp. 414 ss.

asunción de deuda, ha quedado totalmente liberado. Estamos, por consiguiente, ante un supuesto de contrato gratuito, por el que una de las partes asume un riesgo sin su correspondiente, sin razón de equivalencia alguna.

En conclusión, y dado que la asunción de deuda es un contrato en virtud del cual uno de los sujetos —el asumiendo— se coloca en la situación y circunstancias del deudor preexistente, tomando para sí⁶⁵ la deuda como elemento pasivo de una relación jurídica obligatoria, es obvio que el contrato de asunción de deuda se configura con arreglo al carácter y naturaleza de la relación obligatoria objeto de la asunción. Por lo que podemos afirmar, en definitiva, respecto a la conmutatividad y aleatoriedad, lo mismo que afirmábamos respecto a la bilateralidad y unilateralidad y, también, respecto a la onerosidad y gratuidad. O sea, *que el contrato de asunción de deuda es conmutativo, pudiendo ser también aleatorio, pero siempre en función de la relación obligatoria sobre la que se opera y tiene efectividad.*

Con lo que, creemos, queda suficientemente contestada y aclarada la primera objeción que habíamos formulado.

Nos habíamos planteado también, junto a lo anterior, una segunda cuestión, consistente en si pueden o no existir en nuestro Derecho, contratos aleatorios atípicos.

Esta cuestión la planteamos, porque, la asunción de deuda es una figura atípica en nuestro Derecho positivo, ya que ni la expresión siquiera aparece recogida en el Código civil⁶⁶. Y, si como por otra parte la hemos definido como contrato, cuyos caracteres contractuales estamos analizando en este momento, quiera decirse que estamos contemplando un ejemplo de la especie de los contrarios atípicos.

Por consiguiente, si sostenemos que el contrato de asunción de deuda es una figura atípica y puede ser aleatoria en determinados casos, es evidente que estamos aportando el ejemplo de contrato aleato-

⁶⁵ *Asumir*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa «tomar para sí».

⁶⁶ La cuestión de la atipicidad de la asunción de deuda es lo suficientemente interesante como para dedicarla, en exclusiva, otro trabajo, actualmente en preparación.

rio atípico. De aquí la pregunta que ya nos formuláramos a título de objeción: ¿pueden existir en nuestro Derecho contratos aleatorios atípicos?

Pero para contestar afirmativamente a esta pregunta, hemos de analizar unos presupuestos necesarios y previos:

1.º Si nuestro Derecho sólo contempla un *numerus clausus* de contratos, o por el contrario son posibles y tienen cabida en él los contratos atípicos.

2.º Si el contrato de asunción de deuda es o no un contrato atípico, pudiendo, en este último caso, ser válido y tener de algún modo cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

3.º Y, sólo así, podemos, finalmente, analizar el problema último de si es posible o no que la asunción de deuda, por su carácter contractual atípico, sea compatible con la nota de aleatoriedad.

Mas, como quiera que la nota de atipicidad es, como decimos, presupuesto previo y constituye uno de los caracteres del contrato, quiere decirse que la respuesta a la pregunta de si el contrato de asunción de deuda, como contrato atípico, puede por esto mismo, ser aleatorio, ha de quedar relegada al análisis previo de la atipicidad.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1906, declaraba de modo taxativo la imposibilidad de contratos aleatorios de naturaleza atípica, al decir en uno de sus considerandos: «No cabe admitir otras obligaciones contractuales de carácter aleatorio que las establecidas en el título XII del libro 4.º»⁶⁶.

Sin embargo y pese a este criterio jurisprudencial que, por supuesto, no es reiterado, entendemos que si los contratos atípicos tienen cabida en nuestro Derecho, no hay razón alguna para negarles la posibilidad de su carácter aleatorio; que la aleatoriedad vaya a ser privilegio exclusivo de los contratos típicos o normales.

Así, el propio Tribunal Supremo rectifica el criterio sustentado en

⁶⁷ RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, Aguilar, 1961, t. III, p. 5.927.

1906, en Sentencias de 30 de diciembre de 1944 y 19 de octubre de 1955⁶⁷. De ellas, es contundente la de 30 de diciembre de 1944, que se opone de forma directa a la de 27 de junio de 1906 que menciona en su séptimo Considerando, cuando dice: «que dicha sentencia *hace sólo de manera incidental esta declaración, inspirada en criterio no acogido a ninguna otra sentencia*, ello aparte de que no puede atribuirse el rango de doctrina legal útil para apoyar un recurso de casación a la contenida en una sola sentencia», por lo que en definitiva, corrobora la tesis de la admisibilidad del carácter aleatorio de los contratos atípicos.

Vázquez Bote se pronuncia en igual sentido: «Pueden ser objeto de los contratos aleatorios todas aquellas entidades que pueden quedar sometidas a riesgos de siniestro en su existencia y, en general, *cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la ley*»⁶⁸.

De lo que se deduce que si la asunción de deuda es un contrato atípico, no por ello ha de estar imposibilitada para tomar el carácter aleatorio como cualquier otro contrato; lo que está en perfecta armonía con el mecanismo de la aleatoriedad que hemos dejado expuesto.

⁶⁸ Citadas por Díez-PICAZO, *Sistema...*, op. cit., p. 414.

⁶⁹ VÁZQUEZ BOTE, *Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil*, R.C.D.I., 1969, p. 359.