



Luciano Barchi Velaochaga^(*)

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano^(**)

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

“(…) EL PAGO DEL TERCERO SÍ TIENE EFICACIA EXTINTIVA SALVO QUE SE PRODUZCA LA SUBROGACIÓN, EN CUYO CASO LA RELACIÓN OBLIGATORIA QUEDA CON VIDA, NO FRENTE AL ACREEDOR ORIGINARIO SINO FRENTE AL TERCERO QUE LO SUSTITUYE”.

Lo imposible solo tarda un poco más.

Resumen: De acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil puede hacer el pago cualquier persona, con o sin interés en el cumplimiento, con o sin el asentimiento del deudor, salvo las limitaciones establecidas legalmente. La justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero radica en la idea del cumplimiento entendido como satisfacción del interés del acreedor. Si el acreedor se negara a recibir el pago del tercero, por ser precisamente una persona ajena a la relación obligatoria, sería una negativa injustificada y, por tanto, incurriría en mora del acreedor.

Palabras clave: Pago del tercero - Tercero interesado - Tercero no interesado - Asentimiento del deudor - Sin asentimiento del deudor

Abstract: In accordance with Article 1222 of the Civil Code, any person, with or without interest in its compliance, with or without the consent of the debtor, except for the limitations established by law, can make such payment. The rationale for the general rule of payment admissibility by a third-party is based on the idea of compliance, understood as to creditor's satisfaction. If the creditor refuses to receive payment from said third-party, based on the fact of being precisely an outsider to the debtor relationship, it would be an unjustified denial and therefore incur in the creditor's default.

Keywords: Third-party payment - Interested third-party - Non-interested third-party - Approval of the debtor - Without approval of the debtor

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y candidato a Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.

(**) En la presente edición, publicamos la primera parte del artículo. En la siguiente edición se desarrollara la segunda parte, sobre el pago del tercero y mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

1. La dinámica de la relación obligatoria

Parafraseando a Díez-Picazo⁽¹⁾ diremos que la relación obligatoria es un instrumento de cooperación social que se dirige a conseguir el intercambio de bienes y servicios de un sujeto de derecho a favor de otro. En la relación obligatoria las partes han contemplado o programado ideal o intelectualmente unos comportamientos dirigidos a satisfacer el interés del acreedor.

Como señala el autor español “las relaciones obligatorias son vínculos dinámicos o, si se prefiere diacrónicos, a través de los cuales los comportamientos programados o proyectados han de ser adecuadamente convertidos en realidad”⁽²⁾, en esa dinámica el comportamiento programado puede hacerse realidad o no, de tal manera que estamos frente a la ejecución o inejecución de la prestación debida.

Desde el punto de vista del acreedor la ejecución o inejecución de la prestación debida nos lleva a la satisfacción o insatisfacción (lesión) del interés del acreedor. Así, entonces, la ejecución exacta de la prestación (adecuación del comportamiento realizado con el programado inicialmente), la satisfacción del interés del acreedor y el interés del deudor en liberarse de la relación obligatoria, son para Díez-Picazo las coordenadas que deben tenerse siempre presente para comprender la dinámica de la relación obligatoria⁽³⁾.

Estas tres ideas pueden confluir en un mismo hecho que suponga la ejecución de la prestación debida, la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, pero también pueden darse hechos que solo realicen el programa previsto de manera parcial: así, pueden ser satisfactivos del interés del acreedor sin que suponga genuina ejecución de la prestación debida por el deudor (ejemplo: el pago realizado por un tercero); o que permitan la liberación del deudor sin que suponga la satisfacción del interés del acreedor (por ejemplo, el pago por consignación).

“PUEDE DECIRSE, ENTONCES, QUE LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA CUMPLIR ESTÁ SUBORDINADA A LA EFECTIVA CARENCIA DE UN VERDADERO INTERÉS DEL ACREEDOR DE OBTENER PERSONALMENTE LA PRESTACIÓN DEL MISMO DEUDOR”.

Quando confluyen las tres coordenadas estamos frente al pago cuando no confluyen todas las coordenadas estamos frente a subrogados, sucedáneos o sustitutivos de aquel. Cazeaux y Trigo Represas señalan: “(...) para nosotros no existe propiamente pago, cuando el cumplimiento emana de un tercero” y luego explican: “(...) sólo puede haber pago o cumplimiento, cuando la prestación sea realizada por el propio deudor, lo cual excluye del concepto de *pago* al efectuado por un tercero”⁽⁴⁾.

Hernández Moreno habla de pago heteroeficaz respecto a “todo aquel pago que, sin dejar de serlo, en cuanto actúa el contenido del derecho de crédito, no extingue, sin embargo, la obligación del deudor; antes al contrario, ésta permanece idéntica a favor del que realiza el pago”⁽⁵⁾. En este sentido, según el autor español, el pago del tercero califica como un pago heteroeficaz.

No compartimos tal afirmación. En estricto, como veremos, el pago del tercero sí tiene eficacia extintiva salvo que se produzca la

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta edición. Volumen II. Madrid: Civitas, 1996; p. 469.

(2) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Ídem.*; p. 470.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Ídem.*; p. 471.

(4) CAZEAUX, Pedro N. y FELIX A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. La Plata: Librería Editora Forense, 1986; p. 132.

(5) HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *El pago del tercero*. Barcelona: Bosch, 1983; p. 87.



Luciano Barchi Velaochaga

subrogación, en cuyo caso la relación obligatoria queda con vida, no frente al acreedor originario sino frente al tercero que lo sustituye. Cuando no hay subrogación, la eficacia extintiva no supone necesariamente liberación del deudor por cuanto el tercero tendrá un derecho de reembolso frente a él, pero se tratará de una relación obligatoria distinta que surge con ocasión del pago. Es en tal sentido que se habla de “cumplimiento incompleto” pues aún cuando satisface el interés del acreedor no libera al deudor quien sigue vinculado frente al *solvens*, como consecuencia de la subrogación o por la *acción* de reembolso⁽⁶⁾.

2. El pago como atribución patrimonial

Una atribución o desplazamiento patrimonial consiste en una ventaja o beneficio de carácter patrimonial proporcionado a otra persona. Implica, por consiguiente, la alteración en la esfera patrimonial de un sujeto. Así, la entrega de un bien a (o la realización de un servicio a favor de) un sujeto de derecho constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.

Si bien *atribución* y *desplazamiento* pueden ser entendidos como sinónimos, en estricto, el término *desplazamiento* es más concreto que el término *atribución*, ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.

Como dice Díez-Picazo: “Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución”⁽⁷⁾.

Para que un desplazamiento patrimonial pueda ser calificado de *pago* es menester:

- a) Que encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa relación obligatoria (causa o título) que a través de dicha atribución se cumple; y,
- b) Que concurren una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar (requisitos de regularidad del pago).

Por lo señalado, para que un desplazamiento patrimonial sea considerado *pago* el desplazamiento debe ser debido; es decir, debe tener una causa la cual es comúnmente, una relación obligatoria. Así, por ejemplo, si *Primus* entrega a *Secundus* S/ 1000 realiza un desplazamiento patrimonial a favor de este último, sin embargo, para que dicho desplazamiento sea calificado como *pago* debe preexistir una relación obligatoria entre *Primus* y *Secundus* la cual constituiría la causa o título del desplazamiento patrimonial⁽⁸⁾.

El *pago* se califica precisamente como *hecho debido* en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición deudora. La relación obligatoria es entonces el título jurídico del *pago*.

3. Los requisitos de regularidad del pago

El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que

(6) BELTRÁN DE HEREDIA citado por VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Notas sobre la subrogación personal*. En: *Revista de Derecho Privada*; p. 506.

(7) DIÉZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta edición. Volumen I. Madrid: Civitas, 1996; pp. 89 y 90.

(8) Sobre este tema véase, BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *El pago indebido en el Código Civil peruano* (Primera Parte). En: *Ius et Praxis*. No. 41, 2010; pp. 61-101.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar⁽⁹⁾.

- a) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*) y en la persona que lo recibe (*accipiens*).
- b) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.
- c) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

4. Requisito subjetivo de regularidad del pago: los sujetos

El requisito subjetivo del pago es la legitimación. La legitimación de quien ejecuta la prestación (legitimación para cumplir) y de quien la recibe (legitimación para recibir). La legitimación para cumplir designa la competencia del sujeto para ejecutar la prestación. La legitimación para recibir, la competencia del sujeto para aceptar la prestación con efecto liberatorio para el deudor⁽¹⁰⁾.

La noción de legitimación no debe ser confundida con la de titularidad de la relación obligatoria. La titularidad de la relación obligatoria es la pertenencia de las posiciones de deuda y de crédito. La legitimación es el poder de actuar las posiciones de deuda o de crédito⁽¹¹⁾.

5. La legitimación para cumplir

El primer párrafo del artículo 1222 del Código Civil señala:

“Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento

del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.
(...)”

El artículo citado tiene como fuente el primer párrafo del artículo 1235 del Código Civil de 1936 el cual disponía:

“Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore el deudor.
(...)”.

De acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil se encuentran legitimados para cumplir: (i) el deudor; (ii) el representante, los auxiliares o los sustitutos; y, (iii) los terceros.

La legitimación para cumplir corresponde en primer lugar al deudor. El deudor es el sujeto obligado a ejecutar la prestación, es normal que quien sea titular de una obligación tenga también el poder de ejecutar la prestación⁽¹²⁾. Como señala Bozzi: “La legitimación, si bien es en sí distinta a la titularidad de las posiciones jurídicas subjetivas conexas a la relación obligatoria, coincide por norma con ésta pues legitimado a efectuar el pago al acreedor es prevalentemente el deudor (...)”⁽¹³⁾.

El representante del deudor cumple en nombre y por cuenta de éste, por tanto, el pago del representante debe considerarse como pago del deudor. Auxiliar es el sujeto que ejerce una actividad de cooperación con el deudor para la ejecución de la obra o del servicio⁽¹⁴⁾. El auxiliar no cumple en nombre propio ni usa su

(9) En este sentido DIÉZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 478.

(10) En este sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione*. Milán: Giuffrè, 1993; p. 274.

(11) BIANCA, Massimo. *Ídem.*; p. 274.

(12) BIANCA, Massimo. *Ídem.*; p. 275.

(13) BOZZI, Giuseppe. *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*. En: *Diritto Civile. Volume III Obbligazioni. I Il Rapporto Obbligatorio*. Milán: Giuffrè, 2009; p. 150.

(14) BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 280. Véase también GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *L'adempimento del debitore e del terzo*. En: *Le Obbligazioni. Diritto Sostanziale e processuale*. Tomo I. A cura di Pasquale Fava. Milán: Giuffrè, 2008; p. 489.



Luciano Barchi Velaochaga

voluntad, es un mero ejecutor de la voluntad del deudor y, por tanto, sólo a este último puede ser imputado el cumplimiento. Al respecto debe tenerse en cuenta el artículo 1325 del Código Civil: “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

El auxiliar toma el nombre de sustituto cuando se sustituye al deudor en la ejecución, de todo o en parte, de una prestación (verbigracia, el subcontratista)⁽¹⁵⁾.

También son legitimados para cumplir los terceros, salvo que el pacto o la naturaleza de la obligación no permitan la ejecución de un tercero.

6. El pago del tercero

De acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil y parafraseando a Hernández Moreno diremos que puede hacer el pago cualquier persona, abstracción hecha del interés que motive dicho cumplimiento, e incluso con total independencia de la simple ignorancia, conocimiento, aprobación y aún oposición del deudor⁽¹⁶⁾, salvo que se trate de obligaciones personalísimas.

La justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero radica, como bien señala Nicoló, en el hecho que si el acreedor, a través de la actividad de un tercero, recibe el mismo bien y la misma utilidad que se esperaba de la prestación del deudor, no existe ninguna razón para negar la legitimidad de la intervención del tercero y autorizar al acreedor a rehusar, sin motivo, la prestación de éste⁽¹⁷⁾.

De acuerdo con Díez-Picazo “la justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero y de su excepción radica en la idea del cumplimiento entendido como satisfacción del interés del acreedor: si el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva,

la deuda debe quedar pagada, quien quiera que sea el *solvens*; si el interés del acreedor sólo queda rigurosamente satisfecho con una prestación del deudor, sólo éste podrá cumplir la obligación. Si el deudor debe mil pesetas, al acreedor le es indiferente quién sea la persona que le proporcione tal pago: en todo caso su interés queda satisfecho. En cambio, si el acreedor contrató los servicios de un profesional experto y tuvo en cuenta su experiencia (verbigracia, un cirujano para una operación quirúrgica), sólo el deudor del servicio puede cumplir la prestación”⁽¹⁸⁾.

6.1. Los caracteres fundamentales de la noción de tercero

Caringella y De Marzo⁽¹⁹⁾ señalan que la jurisprudencia italiana ha subrayado los caracteres fundamentales de la noción de tercero. Con tal propósito ha analizado el instituto bajo dos perfiles: el objetivo y el subjetivo.

Respecto al perfil objetivo la jurisprudencia italiana ha puesto en evidencia la necesaria identidad de objeto entre la prestación ejecutada por el tercero y aquella debida por el deudor originario.

Desde el punto de vista subjetivo, la jurisprudencia italiana ha observado que la intervención del tercero debe ser espontánea y unilateral, no ligada a precedentes acuerdos y convenciones con el acreedor y, sin embargo, tal de constituir un sustancial y formal cumplimiento de la obligación, siempre que se pueda excluir cualquier interés del acreedor a pretender el cumplimiento personal del

(15) BIANCA, Massimo. *Ídem.*; p. 280.

(16) HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *Óp. cit.*; p. 6.

(17) NICOLÓ citado por TURCO, Claudio. *L'adempimento del terzo. Art. 1180.* En: *Il Codice Civile. Commentario. Diretto da Piero Schlesinger.* Milán: Giuffrè, 2002; p. 10.

(18) DIÉZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 481.

(19) Seguimos a CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Manuale di diritto civile. II. Le Obligazioni.* Milán: Giuffrè, 2006; pp. 272 y siguientes.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

deudor⁽²⁰⁾. En palabras simples el pago del tercero es un acto librado a la espontánea iniciativa de éste a diferencia del caso del deudor en que el pago es un acto debido.

Otro carácter subjetivo puesto en evidencia por la jurisprudencia italiana es la necesaria conciencia del tercero de ejecutar exactamente la prestación debida por el deudor: “para que pueda identificarse el pago del tercero con efecto liberatorio del deudor, no basta cualquier comportamiento de persona extraña a la relación obligatoria, idóneo a satisfacer el interés económico del acreedor, pero ocurre que el tercero actúe con la conciencia de ejecutar exactamente la prestación por cuenta del deudor”⁽²¹⁾.

No sólo debe actuar con la conciencia de ejecutar exactamente la prestación por cuenta del deudor, sino que el tercero debe declarar, al momento de efectuar el pago, su intención de imputar el pago a la deuda ajena⁽²²⁾.

Hernández Moreno señala que la expresión *por cuenta* a la que se refiere el artículo 1.158 del Código Civil español, responde a un criterio de identificación de la deuda que se paga. De esta manera el pago *por cuenta* evita el pago de lo indebido⁽²³⁾.

Para Caringella y De Marzo se considera pago del tercero “todas las prestaciones de sujetos extraños a la relación obligatoria no reconducibles a la persona del deudor que presenten los requisitos de espontaneidad, de exactitud y de identidad del objeto respecto a la prestación originaria deducida en la relación entre acreedor y deudor”⁽²⁴⁾.

De acuerdo con Bianca:

“(…) se tiene pago del tercero cuando un sujeto ejecuta la obligación ajena en nombre propio fuera del ejercicio de una autorización negocial o de una oficina pública. El tercero

puede actuar en iniciativa propia o bien de acuerdo con el deudor (...). En cada caso el pago del tercero se caracteriza como cumplimiento autónomo en el sentido que el tercero no cumple como representante, auxiliar o sustituto del deudor y tampoco como legitimado legal”⁽²⁵⁾.

Es en este sentido que se dice que la intervención del tercero, respecto del acreedor, debe ser unilateral y espontánea.

Con relación al deudor, la intervención del tercero puede ser espontánea pero también provocada por el deudor sin que esto último excluya la calificación de tercero. Este es el caso, por ejemplo, del *accollo interno* o del mandato sin representación.

El *accollo interno* o también llamado *accollo semplice* se da cuando el deudor conviene con un tercero la asunción de parte de éste, en sentido puramente económico, del peso de la deuda sin atribuir un derecho al acreedor. Una de las maneras en la cual el tercero puede cumplir su obligación, es el de ejecutar la prestación directamente en calidad de tercero (*in veste di terzo*)⁽²⁶⁾. En el mandato sin representación, el mandatario (el tercero) se obliga frente al mandante (deudor) a realizar el pago de una deuda de éste, actuando a nombre propio. El pago del mandatario es un pago de tercero.

Para estar frente al pago del tercero es necesario que quien ejecuta la prestación se comporte como un sujeto totalmente extraño

(20) Cass., 17 luglio 1974 n. 2139 en CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 273.

(21) Cass., 8 giugno 1977 n. 2354 en CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 273.

(22) Véase al respecto GIANUZZI SAVELLI, Vinca; p. 498.

(23) HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *Óp. cit.*; pp. 98-100.

(24) CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 273.

(25) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Óp. cit.*; p. 283.

(26) Véase BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Ibidem.*; nota (28). Como explica BIANCA el “*accollo interno (o semplice)*” es aquél que produce efectos exclusivamente respecto a las partes, deudor originario y quien asume la deuda. Se contrapone al *accollo externo* que es aquél que es directamente eficaz respecto al acreedor. En el *accollo interno* no



Luciano Barchi Velaochaga

a la relación obligatoria; es decir, que no declare actuar en virtud de un vínculo que lo liga al acreedor de manera directa. Así, no es pago del tercero aquel que se produce como consecuencia de un eventual acuerdo entre el tercero y el acreedor pues se trataría, en realidad, de una novación por expromisión⁽²⁷⁾.

Asimismo, se requiere que la prestación no sea referida al deudor, en el sentido que no sea ejecutada en nombre de él. Si el pago se efectúa por un representante del deudor (legal o voluntario) o fuera imputable a la esfera jurídica del deudor (el pago por el auxiliar), el primero sería un simple *instrumento* del deudor; por tanto, no estamos frente al pago de un tercero sino al pago del deudor⁽²⁸⁾.

Efectivamente, el representante, legal o voluntario, del deudor, el cual cumple en nombre y por cuenta de él, no puede calificarse como tercero, en la medida que él actúa en nombre y por cuenta del deudor. En tal caso el pago efectuado por el representante es el pago del propio deudor. El pago por tercero se refiere al caso en el cual el tercero actúa en nombre propio.

Para Turco, en opinión que compartimos, el pago efectuado por el fiador no puede ser calificado como pago de un

tercero⁽²⁹⁾. En efecto, el pago efectuado por el fiador, se realiza en virtud del contrato de fianza celebrado por éste con el acreedor, que genera una obligación del fiador respecto al acreedor (artículo 1868 del Código Civil)⁽³⁰⁾. Es decir que cuando el fiador paga lo hace porque está obligado.

Tampoco es tercero el deudor solidario puesto que cuando la pluralidad pasiva se organiza de manera solidaria cada uno de los deudores debe el íntegro de la prestación⁽³¹⁾ (artículo 1186 del Código Civil). Del mismo modo, cuando en una pluralidad de sujetos la organización es parciaria y prestación indivisible, se aplican las reglas de la indivisibilidad. Siendo la prestación indivisible el crédito y la deuda son íntegros (artículo 1176 del Código Civil⁽³²⁾) asimilándose a la solidaridad (artículos 1185⁽³³⁾ y 1186⁽³⁴⁾ del Código Civil). Es decir, en estos casos, el codeudor que paga lo hace porque está obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros⁽³⁵⁾.

cambia la posición del acreedor, frente al cual el obligado sigue siendo el deudor originario. La ley prevé el *accollo esterno* pero en el ejercicio de su autonomía las partes pueden estipular un acuerdo con efectos meramente internos (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Idem.*; p. 687). El *accollo* no está regulado en el Código Civil peruano, aunque puede ser asimilado a la novación por delegación, en tal sentido el *accollo interno* sería un acuerdo entre el deudor y el tercero (como en la delegación) pero sin el asentimiento del acreedor.

(27) Artículo 1282.- La novación por expromisión puede efectuarse contra la voluntad del deudor primitivo.

(28) BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè, 1991, p. 440 y siguientes. En el mismo sentido NOBILI, Chiara. *Le Obbligazioni*. Milán: Giuffrè, 2001; p. 39.

(29) TURCO, Claudio. *Op. cit.*; p. 41. En el mismo sentido BRECCIA, Umberto. *Op. cit.*; p. 440. Sobre a fianza véase, BARCHI VELAPOCHAGA, Luciano. *Apuntes sobre la fianza en el Código Civil peruano*. En: IUS ET VERITAS. No. 39. Lima: 2010; pp. 34-64.

(30) "Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor (...)".

(31) Véase al respecto BARCHI VELAPOCHAGA, Luciano. *Introducción a las relaciones obligatorias plurisubjetivas*. En: *Revista Jurídica La Ley*. Thomson Reuters. Año I. No. 11. Lima: 11 de marzo de 2013; pp. 1-22.

(32) "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación".

(33) "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno".

(34) "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (...)".

(35) "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (...)".

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

Como señala Hernández Moreno, el pago del tercero es el pago del no deudor, así los casos del deudor solidario (o indivisible) y el fiador, no son terceros por cuanto deben, es decir, son deudores⁽³⁶⁾.

6.2. Naturaleza jurídica del pago del tercero

Respecto a la naturaleza jurídica del pago del tercero la doctrina italiana considera que tiene naturaleza negocial que lo caracteriza el *animus* del tercero dirigido a ejecutar la prestación por cuenta del deudor⁽³⁷⁾. Se trata de un acto libre no debido, el tercero que interviene entiende ejecutar una prestación que él no se encuentra obligado a cumplir y que es conforme al contenido de la obligación ajena⁽³⁸⁾.

Teniendo en cuenta que el pago del tercero puede realizarse incluso contra la voluntad del acreedor se considera que el pago por tercero es un negocio jurídico unilateral. Si falta el *animus* o si el crédito era inexistente se aplicará la disciplina del pago indebido. De acuerdo con Bozzi:

“Parece preferible, como se ha anticipado, la orientación que califica el pago del tercero como negocio unilateral. Esta opinión se apoya sobre argumentos convincentes: el acreedor no debe manifestar su propio consentimiento al pago de la misma prestación debida por el deudor que provenga de un sujeto distinto, a diferencia de lo que sucede en otro negocio solutorio como la *datio in solutum* (artículo 1197 del Código Civil) que, teniendo como objeto la sustitución en sede de cumplimiento de la prestación a la cual el acreedor tiene derecho, necesita del consentimiento de éste; el tercero puede cumplir también contra la voluntad del acreedor el cual puede impedir al tercero extinguir la obligación sólo si, como se ha recordado, tiene un apreciable interés en obtener el cumplimiento personal del deudor o bien si hay una oposición de este último a la intervención solutoria del tercero”⁽³⁹⁾.

Bozzi explica que la opinión más difundida en la doctrina italiana señala que el artículo 1180 del Código Civil italiano requiere en el tercero, un requisito de carácter subjetivo constituido por el conocimiento y la voluntad de cumplir una obligación por él no asumida y, por tanto, no debida por él, voluntad que constituye el contenido de la declaración que acompaña el pago (*animus solvendi debiti alieni*). Si el tercero paga, en cambio, en la errónea creencia de estar obligado, no hay pago del tercero sino pago indebido subjetivo *ex latere solventis*⁽⁴⁰⁾.

Como lo hemos adelantado, la opinión prevaleciente en la doctrina italiana califica al pago del tercero como negocio jurídico dada la necesidad de la conciencia del *solvens* de extinguir la deuda ajena y de la espontaneidad de la intervención solutoria que lo diferencia del pago del deudor que es, en cambio, un acto debido⁽⁴¹⁾. En palabras simples, dado que el tercero no está obligado a pagar, el pago que realiza debe ser justificado por su voluntad de cumplir la deuda ajena.

Una tesis particular es la de Bianca. Según este autor el pago del tercero tendría una doble naturaleza ejecutiva y negocial. Sería un acto ejecutivo pues constituye la actuación de una relación obligatoria precedente y sus efectos se producen, no en cuanto decididos por el *solvens* sino en cuanto la prestación extingue legalmente la obligación cumplida.

Respecto de la relación obligatoria y respecto a sus sujetos, el acto del tercero es un acto de

(36) HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *Óp. cit.*; pp. 124-129.

(37) Véase CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 273. CHESSA, Corrado. *L'adempimento*. Milán: Giuffrè, 1996; p. 98.

(38) En este sentido BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p. 438.

(39) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 158.

(40) BOZZI, Giuseppe. *Ídem.*; p. 156.

(41) BOZZI, Giuseppe. *Ídem.*; p. 157. GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *Óp. cit.*; p. 499. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 15ta edición. Milán: Giuffrè, 2003; p. 350.



Luciano Barchi Velaochaga

cumplimiento. La parcial naturaleza negocial se deduce del hecho que el pago del tercero importa la atribución de sus bienes y de sus servicios lo que queda sujeto a la disciplina de los actos de autonomía privada con referencia al tercero⁽⁴²⁾.

Dada la naturaleza negocial del pago del tercero es relevante su capacidad. En tal sentido, el pago podrá ser impugnado por incapacidad del tercero y ello dará lugar a la repetición de lo pagado.

Finalmente, como lo señala Trimarchi, la causa del pago del tercero es la relación obligatoria entre el deudor y el acreedor, en tal sentido, si esta relación no existe, el tercero tendrá derecho a la restitución de lo pagado frente al *accipiens*⁽⁴³⁾.

6.3. Limitaciones al pago del tercero

Turco, en Italia, enuncia tres límites al pago del tercero: (i) la inexactitud objetiva de la prestación; (ii) el interés del acreedor en la ejecución personal del deudor; y, (iii) la oposición del deudor⁽⁴⁴⁾.

Con relación a la inexactitud objetiva de la prestación, debemos tener en cuenta, como hemos visto inicialmente, que para el despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago se exige la concurrencia de una serie de requisitos (requisitos de regularidad del pago) que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar.

Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad. En tal sentido, el acreedor puede negarse justificadamente a recibir el pago en caso de *inexactitud* objetiva de la prestación ofrecida por el tercero (artículos 1132⁽⁴⁵⁾, 1221⁽⁴⁶⁾ y 1220⁽⁴⁷⁾ del Código Civil).

6.3.1. El interés del acreedor en la ejecución personal del deudor

El artículo 1180 del *Codice Civile* establece:

“L’obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.

Tuttavia il creditore può rifiutare l’adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione”.

Estando cualquier tercero legitimado a pagar, el acreedor no puede negarse a aceptar el ofrecimiento de pago, salvo que se trate de una obligación de carácter personal; es decir, que el interés del acreedor sólo se satisfaga mediante la ejecución de la prestación por el propio deudor.

Según la doctrina italiana⁽⁴⁸⁾ el interés del acreedor a que la prestación sea ejecutada personalmente por el deudor debe tratarse de un interés concreto que debe ser evaluado según un criterio objetivo. Una parte de la doctrina afirma que el interés objetivo subsiste cada vez que el tercero no presente aquellos requisitos que pueden tener incidencia sobre el resultado final de la prestación y cuya falta se traduce, en definitiva, en una menor seguridad

(42) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L’obbligazione. Op. cit.*; p. 288. Dentro de la tesis negocial existe una orientación según la cual el pago del tercero sería un mero esquema negocial, una *prestación aislada (prestazione isolata)*. De acuerdo con NAVARRETTA el pago del tercero es el ejemplo típico de *prestación aislada (prestanzi isolata)*. (NAVARRETTA, Emanuela. *La causa e le prestazioni isolate*. Milán: Giuffrè, 2000; p. 409).

(43) TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*; pp. 350 y 351.

(44) Véase al respecto TURCO, Claudio. *Op. cit.*; p. 99.

(45) “El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor”.

(46) “No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen (...)”.

(47) “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”.

(48) Seguimos a CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Op. cit.*; p. 275.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

de realización del resultado debido. Según esta tesis, el relieve de la persona del deudor y, entonces, la apreciabilidad del interés del acreedor que la prestación sea ejecutada por el deudor, se manifiesta en un momento sucesivo respecto a la celebración del contrato, en el momento en el cual, se verifica la idoneidad del tercero al cumplimiento.

Según otro sector de la doctrina italiana, en cambio, la evaluación de la apreciabilidad del interés del acreedor se tiene en el momento del nacimiento de la relación obligatoria. A partir de este asunto, se distingue entre prestaciones objetivamente infungibles y prestaciones no objetivamente infungibles.

Las prestaciones objetivamente infungibles (ejemplo, la realización de un cuadro de parte de un pintor determinado) son las obligaciones *intuitus personae* y en este caso, el ofrecimiento de pago del tercero representa un *aliud pro alio*⁽⁴⁹⁾, por tanto, el acreedor no tendrá la carga de demostrar de tener un interés en la ejecución personal de la prestación de parte del deudor y podrá rehusar la prestación del tercero sin necesidad de valerse del límite enunciado en el artículo 1180 del *Codice Civile*.

También en las prestaciones que no son objetivamente infungibles pero que se tornan tales en consideración al particular relieve que reviste la persona del deudor a fines de su ejecución (ejemplo, la ejecución de una intervención quirúrgica por parte de un determinado especialista), la evaluación en términos de apreciabilidad se ha dado al momento de la conclusión del contrato. En tal sentido, el acreedor tendrá la carga de demostrar de tener un interés en la personal ejecución de la prestación por parte del deudor.

De acuerdo con Bozzi el acreedor puede negarse justificadamente a recibir el pago de un tercero cuando aquél manifieste su interés de recibir la prestación directa y personalmente del deudor. El interés del acreedor a no recibir la prestación de un sujeto distinto al deudor debe entenderse objetivamente, debiendo tener los requisitos de certeza, concreción y actualidad a obtener la prestación personalmente del deudor; por tanto, no es idóneo para excluir el pago del tercero un interés creditorio basado en razones personales respecto del tercero.

Este interés del acreedor se manifiesta en diversas hipótesis en las obligaciones de carácter personal en las cuales asumen particular relieve las cualidades subjetivas o las competencias técnicas del obligado, de modo que “el pago del tercero arriesga de no satisfacer el interés creditorio: piénsese, por ejemplo, a la prestación de hacer que debe ser ejecutada por aquel artesano o profesional que ha sido elegido por su habilidad y experiencia, o bien las prestaciones de hacer subjetiva u objetivamente infungibles, mientras más difícil se evidenciará en las obligaciones pecuniarias en cuanto fungibles; un legítimo interés a rehusar puede subsistir también cuando la diversidad del sujeto que cumple explica efectos sobre el resultado final de la actividad solutoria o bien si el tercero presenta requisitos tales que pueden tener incidencia negativa sobre la seguridad de realización del interés creditorio”⁽⁵⁰⁾. En este último caso se considera una negativa justificada a recibir el pago ofrecido por un tercero en situación de insolvencia por la posibilidad que el pago sea declarado ineficaz. También es justificada la negativa del acreedor de recibir el pago ofrecido por un tercero incapaz.

En síntesis, la doctrina italiana cuando se refiere al interés del acreedor a que el deudor ejecute personalmente la prestación, no lo limita a las prestaciones *intuitus personae*, sino que como dice Breccia: “el interés debe ser apreciable objetivamente y tal valoración no se restringe a las hipótesis en las cuales tenga relieve la competencia profesional o la organización empresarial de quien se prepare a ejecutar la prestación pero se extiende a todos los casos de menor seguridad sobre el resultado final”⁽⁵¹⁾. En este sentido, Bianca señala que el apreciable interés del acreedor de no recibir la prestación por parte del tercero

(49) Del latín: una cosa por otra.

(50) BOZZI, Giuseppe. *Op. cit.*; p. 154.

(51) BRECCIA, Umberto. *Op. cit.*; p. 436. En este sentido, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Op. cit.*; p. 288.



Luciano Barchi Velaochaga

no es sólo verificable en las hipótesis de prestaciones de carácter personal, también puede ser rehusada en aquellos casos en los cuales el tercero no presente aquellos requisitos que pueden tener incidencia sobre el resultado final de la prestación, y cuya falta se traduce, en definitiva, en una menor seguridad de realización del resultado debido, por ejemplo, pagos impugnables por incapacidad o revocables por insolvencia del tercero⁽⁵²⁾.

Adviértase que cuando el acreedor tiene interés que la prestación sea ejecutada por el propio deudor, ésta no sólo no podrá ser ejecutada por un tercero sino, incluso, no podrá ser ejecutada por el representante o el sustituto del deudor.

El acreedor no podría, legítimamente, rehusar el pago de un tercero cuando se trate de una prestación pecuniaria. Sin embargo, de acuerdo a una antigua decisión jurisprudencial en Italia, es legítimo que el acreedor rehúse el pago de la renta si ello puede dar lugar a confusiones respecto a la regularidad de la relación surgida del contrato de arrendamiento⁽⁵³⁾. Así, si el ocupante de facto de un inmueble pretendiera pagar como arrendatario para prevalerse de los derechos del arrendador, pues la aceptación de dicho pago importaría reconocer al ocupante aquella condición. Esta decisión ha sido compartida por un sector de la doctrina italiana en la medida que el rechazo del pago del tercero no tuviera como fin de evitar salvar la morosidad del arrendatario. Otros autores, en cambio, consideran que tal decisión sobrepasa el artículo 1180 del *Codice Civile*⁽⁵⁴⁾.

Una situación particular es señalada por Cazeaux y Trigo Represas según la cual el acreedor tiene derecho a dejar constancia en el recibo que otorgue, que el tercero paga voluntariamente y teniendo conocimiento de no estar obligado, con el fin de quedar resguardado de cualquier posible repetición invocando un pago indebido. Y si el tercero (*solvens*) no admitiera tal constancia, el acreedor podría entonces válidamente negarse a recibir el pago⁽⁵⁵⁾.

Como señala Hernández Gil:

“El fundamento de la intervención de un tercero en el cumplimiento descansa en la consideración preferente de la satisfacción del interés del acreedor, que puede lograrse aunque no sea el deudor el que realice la prestación. Pero si el interés del acreedor se extiende a que sea el deudor precisamente quien la realice, entonces no cabe disociar la satisfacción de ese interés del cumplimiento por el deudor, porque aparecen unidos, y no es el cumplimiento por el deudor solo uno de los medios de satisfacción, sino el único posible. Ello será así cuando ‘las circunstancias de la persona del deudor’ hayan tenido en cuenta al constituir la obligación. Lógicamente se comprende que no ha de tratarse de cualquier circunstancia, sino de aquellas que tengan influencia en el desarrollo de la actividad en que consista la prestación. La esencialidad de estas circunstancias personales puede proceder de que expresamente se haya concertado un pacto en tal sentido. Mas no se precisa pacto expreso. Basta con que se hayan tenido en cuenta, lo cual puede resultar implícitamente de la naturaleza de la prestación misma y de la relación en que se encuentre con la persona del obligado (...)”⁽⁵⁶⁾.

El artículo 1222 del Código Civil peruano establece que “puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan (...)”. Del artículo citado

(52) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione*. Óp. cit.; p. 284.

(53) Cass. 7.6.66, n. 1488) en CHESSA, Corrado. Óp. cit.; p. 107. Véase también NOBILI, Chiara. Óp. cit.; p. 43. En Argentina se han pronunciado sobre este supuesto CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. Óp. cit.; p. 135.

(54) Véase CHESSA, Corrado. Óp. cit.; p. 108.

(55) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. Óp. cit.; p. 135.

(56) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Óp. cit.; p. 215.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

se desprende que existen dos limitaciones al pago del tercero (casos en que el acreedor debe rehusar el pago del tercero): (i) cuando medie pacto, entre el deudor y el acreedor respecto a que la prestación debe ser ejecutada personalmente por el deudor (o que el acreedor se obligue a no aceptar la intervención de un tercero extraño a la relación) y que, por tanto, impida la ejecución por un tercero; o, (ii) cuando “su naturaleza” lo impida.

Respecto a la expresión “su naturaleza lo impida”, entendemos que se refiere a la naturaleza de la prestación objeto de la obligación; lo que supondría prestaciones que requieren un cumplimiento personal del deudor en interés del acreedor y, por tanto, no admiten el pago del tercero. Para Osterling Parodi y Castillo Freyre este sería el supuesto de las prestaciones *intuitus personae*⁽⁵⁷⁾. Sin perjuicio de lo señalado, Osterling Parodi advierte que la prestación podría no ser *intuitus personae* por naturaleza, pero que se le atribuya tal calidad por mérito del pacto⁽⁵⁸⁾.

Respecto a las relaciones obligatorias con prestación de hacer el artículo 1149 del Código Civil señala: “La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales”.

Ruscello señala que las relaciones obligatorias con prestación de hacer, se distinguen, según la relevancia atribuida a las cualidades personales del deudor, las obligaciones fungibles de aquellas infungibles: las primeras son las obligaciones que pueden ser cumplidas por cualquiera, ya que, para el acreedor, como regla, le es indiferente el sujeto que ejecute; las obligaciones infungibles, llamadas *intuitus personae*, deben, por el contrario, ser cumplidas por un determinado sujeto personalmente porque sus específicas cualidades son las que satisfacen el interés del acreedor⁽⁵⁹⁾.

De acuerdo con Manrique de Lara: “(...) algún autor ha puesto de manifiesto que no existen criterios objetivos para individualizar su noción, pues fungible o infungible sería aquella prestación que el acreedor, en el supuesto concreto, considerara como tal según sus propios intereses⁽⁶⁰⁾. Y luego explica: “(...) en la práctica ocurre que muchas personas estiman valiosa la obra de un modesto artesano u operario, mientras que otros consideran como ‘sustituible’ a sujetos que deben ejecutar obras de la máxima dificultad o de suma tenacidad e importancia⁽⁶¹⁾. Esta posición supone entonces atribuir al acreedor la potestad exclusiva para decidir, *a posteriori*, sobre la posible fungibilidad o infungibilidad de la prestación.

Manrique de Lara considera que:

“El *intuitus personae* puede ser entendido como la consideración de la identidad o de la cualidad de la persona que, en relación a la voluntad de las partes, haya sido, en el caso concreto, la determinante del consentimiento contractual. Lo cual supone que tal apreciación, identidad o cualidades de uno de los sujetos contratantes, haya inducido, de modo cierto e inequívoco, a la otra parte a la estipulación del concreto negocio⁽⁶²⁾.”

Esta posición supone entonces que las cualidades, aptitudes o atributos personales son tomadas en consideración al momento de elegir al contratante (*a priori*). En otras palabras

(57) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. En: *Para Leer el Código Civil*. Tomo IV. Volumen XVI. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1994; p. 290.

(58) OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*; p. 67.

(59) RUSCELLO, Francesco. *Le obbligazioni*. En: *Istituzioni di Diritto Privato*. Volumen II. Milán: Giuffrè, 2003; p. 7. BOZZI, Giuseppe. *Op. cit.*; p. 67.

(60) MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio. *La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible*. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LIV. Fascículo III, Julio-Septiembre, 2001; p. 1169.

(61) MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio. *Ídem.*; p. 1170.

(62) MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio. *Ídem.*; p. 1173.



Luciano Barchi Velaochaga

las cualidades personales fueron motivo determinante de la manifestación del consentimiento y deben reflejarse sobre la relación jurídica que se constituye.

En este sentido Manrique de Lara afirma:

“(…) para la apreciación de una determinada prestación como infungible, no basta atender a la naturaleza de la actividad que, en cada caso, deba desarrollar el deudor, ni tampoco la presencia objetiva de unas peculiares cualidades en la persona que ha de ejecutar la prestación, pues éstas no gozan de una especial trascendencia al margen de la específica obligación en la que se incluyen. Únicamente su importancia quedará patentizada si en el supuesto concreto fueron tenidas en cuenta al momento de la constitución de la específica relación obligatoria”⁽⁶³⁾.

Con ello queda claro que no existen relaciones jurídicas que, con carácter previo, puedan ser consideradas como fungibles o infungibles.

Díez-Picazo, comentando el artículo 1.161 del Código Civil español⁽⁶⁴⁾, semejante al artículo 1149 peruano, señala: “No parece existir inconveniente en extenderla a toda clase de obligaciones siempre que para la satisfacción del interés del acreedor sea esencial que la prestación sea ejecutada por el deudor personalmente”⁽⁶⁵⁾.

León Barandiarán comentando el artículo 1235 del Código Civil de 1936 señalaba: “Que el cumplimiento sea realizado personalmente por el deudor, puede resultar de la convención o de la naturaleza de la obligación. Tratándose de ciertas relaciones jurídicas, como la locación de servicios, mandato, depósito, sociedad, en la duda debe sostenerse que la prestación tiene carácter personal”⁽⁶⁶⁾. El jurista peruano afirma esto último en base al BGB, el cual establece algunos supuestos en los que, en caso de duda, deban ser efectuados por el deudor en persona, así § 613 (referido al contrato de

servicio), el § 664 (referido al contrato de mandato), el § 691 (contrato de depósito) y el § 713 (sociedad).

Puede decirse, entonces, que la legitimación del tercero para cumplir está subordinada a la efectiva carencia de un verdadero interés del acreedor de obtener personalmente la prestación del mismo deudor. Para Cazeaux y Trigo Represas, “(…) siendo el principio general la posibilidad del cumplimiento del tercero, corresponderá al acreedor que pretenda rechazar la prestación, la prueba de su interés jurídico en que sea el deudor personalmente quien satisfaga la obligación”⁽⁶⁷⁾.

6.3.2. La oposición del deudor a la ejecución por un tercero

En el ordenamiento jurídico italiano, se tutela el interés del deudor a cumplir personalmente reconociéndole el poder de oponerse al cumplimiento del tercero mediante una declaración unilateral recepticia dirigida al acreedor. En efecto, el último párrafo del artículo 1180 del Código Civil italiano señala: “(...) *Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione*”.

Como puede apreciarse en el Código Civil italiano la oposición del deudor también constituye un límite al pago del tercero. Esta norma es una influencia de lo dispuesto en el § 267, parágrafo 2 del BGB el cual dispone: “(1) *Si el deudor no debe prestar personalmente puede también un tercero realizar la prestación. El consentimiento del*

(63) MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio. *Ídem.*; pp. 1175 y 1176.

(64) “En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

(65) DIÉZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 481.

(66) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Tomo II (Obligaciones). Buenos Aires: Ediar, 1956; p. 261.

(67) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. Cit.*; p. 136.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

deudor no es necesario.(2) El acreedor puede rechazar la prestación si el deudor se opone”.

Como lo explica Breccia: “El interés del deudor de liberarse en persona no asume por otra parte el carácter de derecho: el ordenamiento da prevalencia al interés del acreedor a ser de todas maneras satisfecho, sea incluso por medio de un tercero. El interés del deudor es protegido solamente con la previsión de la facultad de manifestar su oposición a la prestación del tercero. La consecuencia que se produce en ventaja del acreedor consiste exclusivamente en atribuirle, en tal caso, la plena facultad de rehusar el pago ofrecido por el tercero contra la voluntad del deudor, no en imponerle que rehúse el ofrecimiento de pago”⁽⁶⁸⁾.

Como lo señala Bozzi, el ordenamiento jurídico italiano tutela el interés del deudor a cumplir personalmente reconociéndole el poder de oponerse al cumplimiento del tercero (mediante una declaración unilateral recepticia dirigida al acreedor). En virtud de la oposición del deudor, el acreedor está facultado pero no obligado a rehusar la intervención del tercero sin incurrir en mora. El interés personal del deudor al cumplimiento se da, por ejemplo, en el caso del mandato conferido en interés del mandatario. Sin embargo, el deudor sólo tiene un medio para evitar el pago del tercero: ejecutar la prestación personalmente, pues de lo contrario el acreedor puede recibirla del tercero⁽⁶⁹⁾.

Para Gianuzzi Savelli, es posible que el deudor tenga un específico interés a cumplir personalmente (es el caso de la aparición en una producción cinematográfica) o incluso que quiera hacer madurar el término de prescripción del crédito

o quiera evitar el subingreso del tercero en la posición del *accipiens* vía subrogación⁽⁷⁰⁾.

De acuerdo con Nobili, para la oposición del deudor es necesario que el pago del tercero sea nocivo para el deudor. Se pone como ejemplo el caso del pago de los intereses de una deuda ajena efectuado a un acreedor inactivo, puesto que dicho pago interrumpe la prescripción extintiva ya iniciada⁽⁷¹⁾.

De acuerdo con Bozzi se considera que el artículo 1180 del Código Civil italiano hace referencia a la oposición del deudor manifestada durante el desarrollo de la relación obligatoria, pues si ella hubiera sido manifestada al momento de la constitución de la relación obligatoria, el acreedor hubiera convenido en ello, entonces deberá rehusar el pago del tercero so pena de resarcir al deudor los daños que este demuestre haber sufrido como consecuencia del pago del tercero⁽⁷²⁾.

Cristofari advierte que un ulterior interés que se suele identificar en cabeza del deudor está representado, en el ámbito del instituto del pago del tercero, por el interés del deudor de *liberarse de persona*. Tal interés sería relevante por el hecho de consentirle al deudor a oponerse al pago del tercero. No obstante, considera que ello no puede asumir

(68) BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p. 436.

(69) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 155. De acuerdo con el Código Civil italiano mandato puede ser conferido, no solo en interés del mandante sino también en interés del mandatario o de terceros. El artículo 1803 del Código Civil peruano también lo comprende. Como advierte NUZZO el mandato puede ser conferido *también* en interés ajeno (además del interés de mandante) pero no *exclusivamente* en interés ajeno (NUZZO, Massimo. *Il mandato conferito nell'interesse altrui*. Milán: Giuffrè, 2003; p. 92.

(70) GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *Óp. cit.*; p. 494.

(71) NOBILI, Chiara. *Óp. cit.*; p. 43. Afirmar que el pago de los intereses interrumpe la prescripción, supone considerar que el pago de intereses implica un reconocimiento tácito de la obligación (inciso 1 del artículo 1996 del Código Civil). Así el artículo 721 del Código Civil argentino establece: “El reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor”. Vélez Sarsfield en la nota del artículo 3989 señalaba: “El reconocimiento tácito resulta de todo hecho que implica la confesión de la existencia del derecho del acreedor o del propietario, como el pago de intereses o parte del principal de una deuda (...)”. Para Gete-Alonso, en España, el pago no puede ser calificado un reconocimiento de deuda (GETE-ALONSO, Carmen. *El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial*. Madrid: Tecnos, 1989; p.157).

(72) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 156.



Luciano Barchi Velaochaga

una relevancia autónoma bajo el perfil de las situaciones subjetivas⁽⁷³⁾.

Nuestro Código Civil (artículo 1222), a diferencia de lo que ocurre con el Código Civil italiano, no prevé de manera expresa la oposición del deudor manifestada durante el desarrollo de la relación obligatoria, como límite al pago del tercero, aunque sí cuando ella ha sido manifestada al momento de la constitución (cuando el artículo 1222 del Código Civil se refiere al pacto).

Al respecto, téngase en cuenta que en la doctrina italiana al tratar el tema de la “oposición del deudor al pago del tercero” se señala que dicha oposición puede darse no sólo al momento del cumplimiento sino al momento de la constitución de la relación obligatoria a través de una específica cláusula convenida entre el deudor y el acreedor⁽⁷⁴⁾.

Palacios Martínez considera que el Código Civil tutela el interés del deudor de ejecutar personalmente la prestación. Para el autor nacional, la vinculación entre el derecho a la liberación del deudor y la oposición de este a que un tercero cumpla una prestación a su cargo daría lugar a la tutela al interés del deudor a liberarse por su propia actividad y evitar que un tercero pueda interferir en la dinámica de la relación obligatoria planteada entre él y el acreedor⁽⁷⁵⁾. Sin embargo, el profesor de la Universidad Católica, considera que la tutela del interés del deudor sólo tendría lugar cuando se haya pactado anticipadamente, en forma expresa, la exclusión de que cualquier tercero cumpla la prestación debida frente al acreedor. Si no existiera dicho pacto, prevalecería la necesidad del interés del acreedor a ser satisfecho⁽⁷⁶⁾.

Luego afirma:

“(…) la oposición del deudor puede ser tomada también como el punto de inicio de la exclusión del tercero, ya que permitiría que el acreedor se pliegue a esta *oposición* y rechace la iniciativa

del tercero. Se tendría en suma, un acuerdo posterior a la fuente, en este caso negocial, de la obligación susceptible de ser cumplida por el tercero.

Ciertamente, el texto del artículo anotado permite efectuar tal interpretación, que, por cierto, se condice con las modernas orientaciones acerca de la temática expuesta, pues no especifica si el pacto a que se refiere la exclusión es uno de carácter inicial o posterior, como es el supuesto hipotéticamente descrito. La oposición del deudor marca, entonces, una declaración que puede ser sucesivamente completada por una declaración (comportamiento) del acreedor *sin necesidad de que exista alguna justificación que apunte hacia la objetiva prestación*, en el sentido de rechazar el cumplimiento del tercero, ya que la actividad del deudor y del acreedor en conjunto resulta de por sí suficiente para excluir, en todos los casos, la intervención del tercero, lógica que se encuentra tutelada en nuestro ordenamiento(…)”⁽⁷⁷⁾.

Finalmente concluye:

“El derecho a la liberación del deudor, extraíble de las normas referidas al pago por consignación, se encontraría limitado, en el caso de oposición al cumplimiento del tercero, a que se haya previsto *anticipadamente o posteriormente* tal posibilidad (ya que el acreedor puede plegarse a dicha oposición), pues ello resulta excepcional frente a la regla anotada a lo largo del presente ensayo

(73) CRISTOFARI, Riccardo. *Commentario al artt. 1180*. En: *Commentario al Codice Civile. Obbligazioni*. A cura di Paolo Cedon. Milán: Giuffrè, 2009; p. 186.

(74) Véase al respecto TURCO. Claudio. *Óp. cit.*; p. 130.

(75) Ello teniendo en cuenta que el pago del tercero no liberaría al deudor.

(76) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Cumplimiento del tercero, oposición del deudor y derecho a la liberación*. En: *Derecho PUC*. No. 58. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006; p. 99.

(77) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Óp. cit.*; p. 99 y 100.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

referida a la legitimidad genérica y absoluta para que *cualquiera* pueda cumplir una obligación ajena⁽⁷⁸⁾.

Lo señalado conllevaría, según el autor citado, a que de acuerdo al principio de buena fe, que el acreedor, ante el ofrecimiento de pago del tercero, tenga que informar inmediatamente al deudor sobre dicha circunstancias a efectos de que pueda ejercitar su derecho a oponerse. Ante la inobservancia del deber de informar, no se podrá negar eficacia solutoria del tercero, pero la omisión generará el consecuente derecho a la indemnización correspondiente a favor del deudor⁽⁷⁹⁾.

Veamos. La relación obligatoria está destinada a satisfacer el interés del acreedor; entendido como una necesidad (humana) de bienes y servicios. El interés del acreedor es el interés que la prestación está destinada a satisfacer⁽⁸⁰⁾.

La *necesidad*, es una entidad prejurídica, resultado de la racionalización del instinto individual, la cual es transformada por la norma en interés (entidad jurídica) que le permite asomarse sobre la escena del ordenamiento donde obtiene reconocimiento y tutela⁽⁸¹⁾.

Bianca admite que el deudor también puede estar interesado en el cumplimiento: "Tal interés es jurídicamente tutelado mediante el instituto de la liberación coactiva y el deber del acreedor de no agravar la posición del deudor omitiendo poner en juego la cooperación necesaria para lograr el cumplimiento"⁽⁸²⁾.

El interés del deudor en el cumplimiento no es tutelado a la manera de aquél del acreedor, en ese sentido Cattaneo señala: "el esquema típico de la obligación no prevé la tutela del interés del deudor a ejecutar la prestación"⁽⁸³⁾.

Lo que podemos constatar es un interés jurídicamente protegido del deudor en relación a su liberación y a no ver agravada su posición como consecuencia de la omisión de

la cooperación del acreedor. En tal sentido el ordenamiento jurídico le proporciona dos instituciones: los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor.

Una cosa distinta, en nuestra opinión, es el interés del deudor a ejecutar personalmente la prestación, la cual se materializaría a través de su oposición al pago del tercero. En este caso se produce un conflicto de intereses entre el del acreedor de verse satisfecho y el del deudor de ejecutar personalmente la prestación. El artículo 1222 del Código Civil tutela el interés del acreedor y, legitima a cualquier tercero a ejecutar la prestación, incluso contra la voluntad del deudor.

En nuestra opinión, sólo podría tutelarse el interés del deudor a ejecutar personalmente la prestación cuando media pacto con el acreedor, conforme al artículo 1222 del Código Civil. En este caso el acreedor debe rehusar el pago del tercero. Si lo hace, su negativa será justificada y, por tanto, no incurrirá en *mora credendi*. En cambio, si acepta la prestación ofrecida por el tercero a pesar de la existencia del pacto (el pacto podría no basarse en el interés del acreedor en la ejecución de la prestación por el propio deudor sino en el interés del deudor en ejecutar personalmente la prestación) el acreedor incurriría en incumplimiento y se vería obligado a resarcir al deudor los daños que pudiera demostrar haber sufrido como consecuencia del pago del tercero.

La oposición del deudor⁽⁸⁴⁾ se puede dar sino al momento de la constitución de la relación

(78) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ídem.*; p. 100.

(79) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Loc. cit.*

(80) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Op. cit.*; p. 41.

(81) CRISTOFARI, Riccardo. *Op. cit.*; p. 167.

(82) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione. Op. cit.*; p. 46. Existe traducción al castellano a cargo de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. En: IUS ET VERITAS. Año V. No. 9; p. 114.

(83) CATTANEO, Giovanni. *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milán: Giuffrè, 1964; p. 44.

(84) La negativa del deudor a la ejecución de la prestación por un tercero se manifiesta a través de su oposición al pago del tercero.



Luciano Barchi Velaochaga

obligatoria a través de una específica cláusula convenida entre el deudor y el acreedor. Este es el caso previsto en el artículo 1222 del Código Civil. Pero también puede darse al momento del cumplimiento.

En efecto, si la oposición del deudor se diera al momento del cumplimiento y el acreedor conviniera con éste para no aceptar el pago entonces, en nuestra opinión esta hipótesis cae dentro del supuesto del *pacto* al que se refiere el artículo 1222 del Código Civil y, por tanto, también se produciría un límite al pago del tercero. No obstante, como veremos más adelante, un sector de la doctrina nacional, distingue según se trate de un tercero interesado o de un tercero no interesado.

6.4. El tercero interesado en el pago de la deuda ajena

De acuerdo con Bianca:

“(e)s posible que el tercero sea portador de un apreciable interés en cumplir. Este interés puede hallarse cuando el tercero, sin estar obligado al pago, es no obstante, expuesto a la acción ejecutiva del acreedor. Piénsese así, a la hipótesis en la cual el tercero sea propietario del bien gravado por la hipoteca a favor del acreedor o la hipótesis en la cual el tercero haya adquirido el bien del deudor pero a continuación de la acción revocatoria por parte del acreedor la adquisición sea inoponible a este último”⁽⁸⁵⁾.

Resulta curioso, sin embargo, que el Código Civil italiano no prevea expresamente la figura del tercero interesado en cumplir.

De acuerdo con Díez-Picazo: “puede hablarse de interés en el cumplimiento en los casos en que el *solvens* es partícipe y responsable de la obligación, ha recibido alguna delegación o mandato de pago en los casos en que es deudor del delegante o la subsistencia de su derecho depende del hecho del pago (...)”⁽⁸⁶⁾.

Convenimos con el autor español respecto al caso del mandato sin representación así, por ejemplo, en el caso que *Primus* encarga a *Secundus* a cobrar una deuda y con dicho dinero pagarle a *Tertius* (acreedor de *Primus*)⁽⁸⁷⁾. En este caso, *Secundus* (mandatario) tiene interés en pagarle a *Tertius* pues de no hacerlo incurriría en incumplimiento frente a su mandante (*Primus*). Lo mismo ocurriría en el caso del mandato sin representación en interés del mandatario. Pero, como ampliaremos más adelante, en el caso de la delegación, cuando el delegado paga, lo hace porque debe, en tal sentido no se trata del pago de un tercero⁽⁸⁸⁾.

Para Gomes el pago puede ser realizado por tercero y debe distinguirse si el tercero tiene o no interés en la extinción de la deuda. Según el autor brasileño el interés debe ser jurídico. “Cuando se habla de persona interesada en el pago de una deuda, se designa a quien está jurídicamente comprometido en extinguirla, para no quedar expuesto a ejecución judicial. Son terceros interesados, entre otros, el fiador, el coobligado y el adquirente de inmueble hipotecado”⁽⁸⁹⁾.

Como ya lo adelantamos, el pago efectuado por el fiador no puede ser calificado como el pago de un tercero, puesto que el fiador paga porque está obligado. Tampoco el coobligado (casos de pluralidad subjetiva en los que se aplican la regla de las solidaridades o en los que se aplica la regla de la indivisibilidad) pues en estos casos, el codeudor que paga lo hace porque está obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

(85) BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 289. GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *Óp. cit.*; pp. 490 y 491.

(86) DíEZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 483.

(87) Ejemplo tomado de NUZZO, Massimo. *Óp. cit.*; p. 112.

(88) Véase, artículo 1281 del Código Civil.

(89) GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8va edición. Río de Janeiro: Forense, 1986; p. 115. León Barandiarán enumera los mismos supuestos añadiendo al beneficiario con una liberalidad sub modo (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Óp. cit.*; p. 262). Para Osterling Parodi, el pago realizado por el fiador califica como para de tercero interesado (OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit.*; p. 144).

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

Distinto es el caso del propietario del bien gravado por la hipoteca a favor del acreedor respecto de una deuda ajena o la hipótesis en la cual el tercero haya adquirido el bien del deudor pero luego que el acreedor interpone la acción revocatoria la adquisición le sea inoponible a este último. En estos caso si estamos frente a terceros interesados en el pago.

No es el caso del tercer adquirente del bien hipotecado. En efecto, de acuerdo con el artículo 1117 del Código Civil:

“El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley”.

Del artículo citado se desprende que el adquirente, por cualquier título, del bien hipotecado, no sólo queda sujeto al gravamen (*ius perseguendi*), sino que asume la obligación del pago de la deuda, sin liberación del acreedor originario. En tal sentido, cuando el “tercer adquirente del bien hipotecado” paga, no lo hace como tercero, sino como deudor⁽⁹⁰⁾.

El Código Civil peruano no define lo que debe entenderse por *tercero interesado*. En nuestra opinión, el tercero tiene interés en el cumplimiento de la deuda ajena cuando el pago le permite evitarse un perjuicio de tipo jurídico; es decir, tiene un interés en evitar la producción de consecuencias desfavorables para él que generaría el incumplimiento del deudor. En esta línea para Cazeaux y Trigo Represas tercero interesado “será todo aquél

en quien eventualmente puedan repercutir, con detrimento para sus propios derechos, las consecuencias del incumplimiento del deudor”⁽⁹¹⁾. En tal sentido, por ejemplo, no califica como tercero interesado el padre que paga la deuda de un hijo para evitar que éste sea embargado.

En Italia, la legitimación del tercero a pagar una deuda ajena no supone, necesariamente, una tutela el interés del tercero en cumplir, en tal sentido BIANCA señala: “El tercero legitimado tiene, entonces, al facultad de cumplir pero no un derecho”⁽⁹²⁾. No obstante, es posible que el tercero tenga un apreciable interés en cumplir la deuda ajena, en tal sentido “la exigencia de tutela del interés del tercero lleva a reconocerle a éste un derecho a cumplir”⁽⁹³⁾. Sin embargo, el autor italiano advierte que se trata de un derecho que no tiene como correlato una obligación de recibir el pago, sino un derecho potestativo, que le permite valerse de los procedimientos liberatorios coactivos.

Distinto parece ser el caso del § 268 del BGB que sanciona expresamente un derecho del tercero a tal cumplimiento, veamos:

“(1) Si el acreedor lleva a cabo la ejecución forzosa sobre un bien que pertenece al deudor, quien corre el riesgo de perder

(90) De acuerdo con el artículo 1117 del Código Civil, el acreedor puede exigir el pago al tercer adquirente del bien hipotecado usando la *acción real*. La distinción entre *acciones personales* y *acciones reales* basadas en el antiguo derecho romano establecía que la *acción real* se ejercitaba no contra una persona determinada, sino contra cualquier sujeto que se encuentre en una cierta situación respecto de la cosa sobre la cual el actor ostente un derecho. De acuerdo con Comporti, la *acción real* está dirigida a tutelar el interés a la titularidad, al goce y a la utilización del bien: ellas tiene relación particularmente en la tutela del contenido y del ejercicio del derecho, en su relación particular con la cosa. El eje de las acciones reales es la cosa por lo que constituye un límite de tales acciones. Así, mientras que en la *acción personal* el acreedor responde, además del bien hipotecado con todos sus bienes, en la *acción real* el tercer adquirente hipotecario sólo responde con el bien hipotecado (COMPORTI, Marco. *Diritti Reali in Generale*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Seconda edizione. Milán: Giuffrè, 2011; p.85). De acuerdo con el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil la *acción real* prescribe a los diez años.

(91) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS, Félix A.. *Óp. cit.*; p. 137. Véase también § 268 del BGB.

(92) BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 288.

(93) BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 289.



Luciano Barchi Velaochaga

un derecho sobre este bien por causa de la ejecución forzosa está legitimado para satisfacer al acreedor. El mismo derecho corresponde al poseedor de una cosa que corre el riesgo de perder la posesión mediante ejecución forzosa.

(2) La satisfacción también puede producirse mediante consignación o mediante compensación.

(3) En tanto que el tercero satisface al acreedor, el crédito se trasmite al tercero. La transmisión no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor”.

La exigencia de tutelar el interés del tercero importa reconocerle a éste un derecho a cumplir y, por tanto, ante la negativa del acreedor de recibir el pago, podrá hacer uso de los remedios que el ordenamiento pone a disposición del deudor tutelando su derecho a liberarse (procedimientos de liberación coactiva y mora del acreedor).

Respecto a la causa interna de la atribución patrimonial del tercero a favor del deudor, Gianuzzi Savelli señala: “La doctrina, con referencia a la causa interna del pago del tercero, distingue entre *causa donandi*, *causa solvendi*, *causa credendi* o, en general, habla de causa de cooperación en el interés ajeno”⁽⁹⁴⁾.

El tercero puede pagar *animus donandi* para cumplir una liberalidad a favor del deudor (*causa donandi*), se tiene en este caso una donación indirecta que no legitimaría al *solvens* a repetir lo pagado (ejemplo, el padre paga el precio del bien adquirido directamente por el hijo). No obstante, debe tenerse en cuenta que, al comentar el artículo 1295 del Código Civil relativo a la condonación Osterling Parodi afirma: “A nadie puede imponérsele una liberalidad”⁽⁹⁵⁾ y, por ello, se exige en la condonación el asentimiento del deudor. En tal sentido, si se admite que el tercero que paga *animus donandi* no está legitimado a repetir lo pagado, significaría que se le estaría imponiendo al deudor una liberalidad. Se

necesitaría un acuerdo previo del tercero con el deudor donde éste acepte la liberalidad, de no haberlo, siendo consecuentes con lo señalado en el artículo 1295 del Código Civil, si bien el deudor no podría oponerse al pago del tercero, debería mantener la posibilidad de reembolsarle el pago efectuado si no estuviera de acuerdo con la liberalidad.

La intervención solutoria del tercero puede tener motivaciones no altruistas, así, por ejemplo, el tercero puede tener interés en pagar la deuda ajena en cuanto a su vez es deudor del deudor (*solvendi causa*). En este caso la atribución patrimonial realizada por el tercero representa el cumplimiento de su obligación respecto del deudor.

También es posible que el tercero pague la deuda ajena *credendi causa*, en cuyo caso la atribución patrimonial se efectúa a título de mutuo. En este caso, el tercero (mutuante) no entrega al deudor (mutuatario) la suma mutuada para que éste efectúe el pago, sino que hace directamente el pago al acreedor.

En algunos casos el pago del tercero se justifica causalmente con la existencia de un acuerdo previo con el deudor, así, pueden existir relaciones entre el *solvens* y el deudor, no relevantes externamente y privados de eficacia directa respecto al acreedor. Sería el caso, por ejemplo, del mandato sin representación que legitima al mandatario que cumple a requerir al deudor mandante la repetición de lo pagado, así como el pago de los intereses legales (inciso 3 del artículo 1796 del Código Civil), pagarle la retribución que corresponda (inciso 2 del artículo 1796 del

(94) GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *Óp. cit.*; p. 501.

(95) OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit.*; p. 215. En el mismo sentido, véase OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. En: *Para Leer el Código Civil*. Tomo IX. Volumen XVI. Tercera Parte. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999; p. 290. Fuenteseca, en España, sostiene que condonación puede ser unilateral, porque se trata de una renuncia del titular a su derecho de crédito, para lo cual basta con su voluntad (FUENTESECA, Cristina. *Condonación de deudas*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2003; p. 62).

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano

Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

Código Civil) y la indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato (inciso 4 del artículo 1796 del Código Civil).

Debe tenerse en cuenta la posibilidad que el tercero tenga un específico interés en cumplir la obligación ajena (piénsese en el propietario del bien hipotecado para garantizar una deuda ajena) y que dicho interés entre en conflicto con el interés del acreedor a la ejecución personal del deudor o con el interés del deudor de cumplir personalmente. Si nos atenemos a la lectura literal del artículo 1222 del Código Civil, este parece estar dirigido a tutelar el interés de cualquier tercero a entrometerse en una relación obligatoria ajena, reconociéndole la legitimación para cumplir. Dicho interés sólo está destinado a sucumbir cuando exista un convenio previo (o posterior como hemos visto) entre el deudor y el acreedor o por la naturaleza de la prestación.

En efecto, el artículo citado señala que: “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan”. En tal sentido, se depende con meridiana claridad que puede hacer el pago un tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, a menos que el pacto o la naturaleza de la prestación lo impidan. Así, si se trata de una prestación *intuitus personae* o existe un pacto, el acreedor podrá rehusar legítimamente el pago del tercero, aún si éste tuviera interés pagar la deuda ajena.

Como hemos señalado, de acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil, puede hacer el pago cualquier tercero, salvo que el pacto (o su naturaleza) lo impidan. Para Osterling Parodi y Castillo Freyre el pacto al que se refiere el artículo 1222 del Código Civil sólo limita el pago del tercero en caso que éste no tenga interés en la ejecución de la prestación ajena, así señalan: “(...) el otro supuesto en que puede impedirse el pago por un tercero se presenta cuando el acreedor y el deudor hayan convenido en ello, pero este pacto sólo podrá oponerse en la medida en que dicho tercero sea uno que no

tenga legítimo interés en el cumplimiento de la obligación. En caso contrario tendrá derecho a pagar, y si no se le acepta el pago podrá recurrir a la vía consignatoria⁽⁹⁶⁾.

Para el ofrecimiento de pago efectuado por un tercero interesado, contra la voluntad del deudor y la del acreedor, Osterling Parodi y Castillo Freyre afirman: “A nuestro parecer, y siempre teniendo en consideración la tutela que el Derecho otorga al tercero interesado, consideramos que sería irrelevante la negativa del acreedor y del deudor para la verificación de dicho pago⁽⁹⁷⁾.”

Respecto a tercero no interesado señalan: “Al existir una negativa conjunta del acreedor y del deudor, el Derecho debe respetar la voluntad de ambos para dejar subsistente la relación obligatoria, la misma que, incluso, ellos podrían extinguir por un medio distinto al pago en estricto⁽⁹⁸⁾.”

León Barandiarán, comentando el Código Civil de 1936, identificaba la misma hipótesis que Osterling Parodi y Castillo Freyre: “Puede sobrevenir otra hipótesis: que el tercero quiera hacer el pago, no sólo contra la voluntad del deudor, sino también contra la del acreedor” y citando a Colmo añadía: “El pago parecería que no debiese ser admisible, de considerarse que el tercero es entonces *un perfecto extraño, al invadir jurisdicciones totalmente ajenas, y en que no se consulta a favor de ninguno de los interesados, sino el propio*⁽⁹⁹⁾”. Finalmente León Barandiarán concluía: “Este criterio, empero, es impugnabile. Si no se trata de una prestación de índole netamente personal, es irrelevante quién sea el agente de pago. Lo que interesa y la ley debe prohiar, es que se

(96) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. En: *Para Leer el Código Civil*. Volumen XVI. Segunda Parte. Tomo VII. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996; p. 286.

(97) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Ídem.*; p. 287.

(98) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Ídem.*; p. 289.

(99) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Óp. cit.*; p. 263.



Luciano Barchi Velaochaga

dé cumplimiento normal a la obligación, con el hecho mismo del pago⁽¹⁰⁰⁾.

En Argentina, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que el caso que el acreedor y deudor conjuntamente se opusiesen al pago ofrecido por el tercero, si se trata de un tercero interesado, entonces puede pagar pese al rechazo, mientras que si se trata de un tercero sin interés, no podrá hacerlo⁽¹⁰¹⁾. Los autores argentinos al respecto precisan:

“En apoyo de esta solución, que en general no es admitida por nuestra doctrina, puede argumentarse ante todo que si el deudor (art. 728) o el acreedor (art. 729) aisladamente no pueden oponerse al pago de un tercero, tampoco hay razón para que adquieran esa facultad uniéndose ambos; lo cual incluso podría dar lugar a confabulaciones contraria al interés del tercero. Pero, por sobre todo, lo fundamental es tener en cuenta que el ‘tercero interesado’ es un individuo que, como se dijera precedentemente, está sujeto a la contingencia de sufrir un perjuicio propio como repercusión mediata del incumplimiento de la deuda de otro; razón por la cual mal podría impedirsele, aun existiendo la oposición aunada del acreedor y deudor, la defensa de su derecho o interés jurídicamente protegido, por vía del pago de la obligación ajena⁽¹⁰²⁾.”

Por otro lado es raro que el acreedor se adhiera a la oposición del deudor que no esté acompañada por la ejecución de la prestación, que resulta el único medio a disposición del deudor para evitar el pago del tercero.

En nuestra opinión, como ya lo adelantamos, no tiene sentido distinguir entre el tercero interesado y no interesado. En efecto, si admitimos que la oposición de deudor convenida con el acreedor al momento del pago, cae dentro del supuesto del pacto del artículo 1222, entonces el acreedor podrá rehusar el pago, sea del tercero interesado como del no interesado.

En síntesis, puede decirse que el pago del tercero supone un delicado equilibrio entre los opuestos intereses involucrados: el del deudor a ejecutar personalmente la prestación a su cargo, el del acreedor de satisfacer el crédito del cual es titular y el del tercero a pagar la deuda ajena. Bozzi al respecto señala:

“En conclusión, del artículo 1180 C.c. puede deducirse una verdadera y propia jerarquía de los intereses tutelados, debiéndose reconocer un rol preeminente al del acreedor, antes que al del deudor y, el de éste, antes que al del tercero. El legislador, por lo tanto, ha entendido privilegiar a los sujetos originarios de la relación respecto aquél que es extraño⁽¹⁰³⁾.”

7. Negativa injustificada del acreedor de recibir el pago del tercero: la mora del acreedor⁽¹⁰⁴⁾

Resulta claro que siendo cualquier tercero legitimado para efectuar el pago ello significa que el acreedor no puede negarse a recibirlo por tratarse de un sujeto extraño a la relación obligatoria salvo que, como ya se dijo, exista un pacto o se trate de una obligación *intuitus personae*⁽¹⁰⁵⁾. Los legitimados a cumplir que no sean titulares de la obligación podrán efectuar el ofrecimiento de pago y constituir en mora al acreedor; es decir, si el acreedor se negara a recibir el pago del tercero, por ser precisamente una persona ajena a la relación obligatoria, sería una negativa injustificada y, por tanto, incurriría en mora del acreedor.

(100) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Ibidem*.

(101) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Óp. cit.*; p. 137.

(102) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Ídem.*; pp. 137 y 138.

(103) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 156.

(104) Véase al respecto BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones*. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004.

(105) O se produzca una inexactitud objetiva de la prestación del tercero (violación a los principios de identidad, integridad o indivisibilidad); o, respecto a las circunstancias de tiempo y de lugar.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

En efecto, la mora del acreedor presupone la negativa de éste, sin motivo legítimo, de aceptar la prestación ofrecida o cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación (artículo 1338 del Código Civil)⁽¹⁰⁶⁾.

Para que se configure la mora del acreedor son necesarios dos presupuestos:

- a) Respecto del deudor o del legitimado para efectuar el pago: el ofrecimiento de pago de la prestación debida; y,
- b) Respecto del acreedor: la negativa, sin motivo legítimo, a prestar su colaboración.

El ofrecimiento de pago tiene como objeto que el acreedor preste su colaboración (por ejemplo, recibir la prestación ofrecida), en tal sentido, de negarse injustificadamente o ilegítimamente⁽¹⁰⁷⁾ a colaborar se produce su constitución en mora. El ofrecimiento de pago no sólo debe partir del deudor sino, de acuerdo con el artículo 1222 de nuestro Código Civil, también de un tercero, tenga o no interés, con o sin asentimiento del deudor⁽¹⁰⁸⁾.

En tal sentido, cuando el acreedor rehúsa ilegítimamente recibir la prestación de un tercero quedará constituido en mora (*mora credendi*). En efecto, de no consentir que el tercero pueda constituir en mora al acreedor, el artículo 1222 del Código Civil carecería de contenido, pudiendo el acreedor en cualquier caso, rehusar sin consecuencias el ofrecimiento de pago del tercero⁽¹⁰⁹⁾. Asimismo, el tercero puede recurrir al procedimiento liberatorio (liberación coactiva)⁽¹¹⁰⁾ previsto en el artículo 1251 del Código Civil.

La función de la mora *creditoris* es la de repartir ciertos riesgos y ciertos costos entre los sujetos de una relación obligatoria. En efecto, la mora del acreedor supone la tutela del deudor de no ver agravada su posición a causa de la prolongación de la relación obligatoria (*perpetuatio obligationis*)⁽¹¹¹⁾ generada por la falta de cooperación del acreedor, lo que a su vez supone la asunción por el acreedor de los daños que dicho retardo le pudiera ocasionar al deudor.

La mora del acreedor no implica la liberación del deudor, este continuará obligado por causas imputables al acreedor, por ello, la función de la *mora creditoris* es trasladar al acreedor el costo de la prestación que el deudor tiene aún pendiente por la falta de cooperación de aquel.

Asimismo, otro remedio que el ordenamiento jurídico pone a disposición del deudor es el procedimiento de liberación coactiva (pago por consignación). Como señala Cattaneo. “Una función paralela al resarcimiento tienen luego el depósito liberatorio y los otros procedimientos de “liberación coactiva”, puestas por la ley a disposición del obligado.

También ellas están dirigidas a impedir que la mora del acreedor, prolongando la prestación en el tiempo, la haga más gravosa para el sujeto pasivo. Mientras el resarcimiento tiende

(106) “El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

(107) Nuestro Código Civil, en el artículo 1338, se utiliza la expresión *sin motivo legítimo*, lo que puede originar dudas sobre su significado. Para que la negativa del acreedor se estime injustificada “basta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta” (VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Tomo II. Volumen II. Buenos Aires: Depalma, 1947; p. 64).

(108) Al respecto véase LINARES NOCI, Rafael. *Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago*. En: *Revista de Derecho Privado*. Marzo 1991. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas; pp. 171 y siguientes.

(109) En este sentido véase TURCO, Claudio. *Óp. cit.*; p. 131. En el mismo sentido, BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; pp. 436 y 437. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 485.

(110) NOBILI, Chiara. *Óp. cit.*; p. 44. También TURCO, Claudio. *Óp. cit.*; p. 131.

(111) En este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988; pp. 152 y siguientes.



Luciano Barchi Velaochaga

a transferir sobre el acreedor el daño después que el deudor lo ha sufrido, el depósito y los otros procedimientos liberatorios sirven para prevenir el daño mismo⁽¹¹²⁾.

El ordenamiento jurídico atribuye al deudor procedimientos, a través de los cuales éste pueda ejecutar la prestación debida sin la cooperación del acreedor y, con ello, liberarse de la obligación. Así, ver el artículo 1251 y siguientes del Código Civil.

8. Pago del tercero y *datio in solutum*⁽¹¹³⁾

En principio, quien cumple una obligación ajena, ejecuta la misma prestación que constituye el objeto de la obligación del deudor. Pero la doctrina italiana admite que el tercero pueda cumplir con una prestación distinta a la debida. En tal sentido el tercero, previo acuerdo con el acreedor, puede cumplir ejecutando una prestación distinta de la debida (dación en pago). El consenso del deudor no es necesario⁽¹¹⁴⁾.

Al respecto debe distinguirse la hipótesis en la cual el tercero efectúe el pago luego que las partes hayan acordado la diversa prestación, de la hipótesis en la cual sea el tercero a concluir directamente con el acreedor la *datio in solutum*. En el primer caso, se producirán los efectos del pago del tercero mientras que en el segundo caso, el tercero sólo podrá dirigirse contra el deudor exclusivamente en base al enriquecimiento consistente en la liberación de este último de la prestación debida y dentro de los límites de la prestación originaria⁽¹¹⁵⁾.

9. Pago del tercero y pago al acreedor aparente

El artículo 1225 del Código Civil⁽¹¹⁶⁾, relativo al pago al acreedor aparente, no es aplicable al pago del tercero porque disciplina

exclusivamente el caso en que el propio deudor efectúe el pago. Adicionalmente, si la ley atribuye al acreedor el riesgo de la existencia de un sujeto respecto al cual el deudor pueda incurrir en error, no es lógico exponer al mismo acreedor al peligro de la apariencia también respecto a todos los terceros que podrían cumplir⁽¹¹⁷⁾.

10. Pago del tercero y compensación

La doctrina italiana admite que el cumplimiento de la obligación ajena pueda ser efectuado a través de la oposición al acreedor de la compensación de un crédito personal del tercero. No obstante, no se trata de una compensación legal sino de una compensación convencional, por lo que se requiere el consentimiento del acreedor⁽¹¹⁸⁾.

11. Figuras afines

11.1. Pago del tercero y pago indebido subjetivo *ex latere solventis*

Paga una deuda ajena creyéndose deudor, en base a un error, puede repetir lo pagado (pago indebido subjetivo *ex latere solventis*). Ello en virtud del artículo 1267 del Código Civil⁽¹¹⁹⁾. En el pago del tercero, éste cumple siendo consciente que no es el deudor, mientras que en el pago indebido subjetivo *ex latere solventis*, el tercero cumple creyéndose, erróneamente, deudor.

(112) CATTANEO, Giovanni. *Óp. cit.*; p. 35.

(113) Para nosotros la *datio in solutum* supone una modificación objetiva no novativa de la relación obligatoria. Véase al respecto BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago*. En: *El Jurista*. Año I. No. 3. Lima: agosto, 1991; pp. 107-124.

(114) En este sentido, BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 154. En el mismo sentido TURCO, Claudio. *Óp. cit.*; p. 105. BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 440. NOBILI, Chiara. *Óp. cit.*; p. 44.

(115) NOBILI, Chiara. *Óp. cit.*; p. 44. En el mismo sentido TURCO, Claudio. *Óp. cit.*; p. 110. BIANCA, Massimo. *Óp. cit.*; p. 440.

(116) "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo".

(117) NOBILI, Chiara. *Óp. cit.*; p. 44.

(118) *Loc. cit.*

(119) "El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió".

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment by third parties and recovery mechanisms of capital losses due to payment of a third-party debt outside of the Peruvian Civil Code

11.2. Pago del tercero y ex promisión

De acuerdo con el artículo 1282 del Código Civil:

“La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo”.

Se trata de un supuesto de novación subjetiva pasiva. La ex promisión es el acuerdo entre un tercero y el acreedor, mediante el cual el tercero (ex promitente) asume frente al acreedor (ex promisario) la obligación del deudor (ex promeso). En otras palabras, el ex promitente asume frente al acreedor la obligación del deudor originario.

Por la ex promisión se extingue la obligación original y surge una nueva obligación en la cual el ex promitente (el tercero) asume la situación deudora en lugar del ex promeso. En tal sentido, cuando el ex promitente paga, lo hace como deudor.

Puede decirse entonces que el tercero lo es respecto de la relación obligatoria originaria y no respecto a la nueva relación obligatoria de la cual es deudor.

11.3. Pago del tercero y delegación

De acuerdo con el artículo 1282 del Código Civil: “La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor”.

Se trata de un supuesto de novación subjetiva pasiva. La delegación es el acuerdo entre un tercero y el deudor, mediante el cual un tercero (delegado) asume frente al deudor (delegante) la obligación de éste frente a su acreedor (delegatario), quien debe prestar su consentimiento. En otras palabras, el delegado (el tercero) asume frente al acreedor la obligación del deudor originario.

Por la delegación se extingue la obligación original y surge una nueva obligación en la cual el delegado asume la situación deudora en lugar del delegante. En tal sentido, cuando el delegado paga, lo hace como deudor. 