

Imputación del pago en el Código civil peruano de 1984

por

Luis Moisset de Espanés

(Gaceta Jurídica, Lima, Tomo 71-B, octubre 1999, p. 51).

Sumario:

I.- Concepto.

II.- Imputación por el deudor

a) Deudas líquidas; b) Plazo vencido; c) Intereses; d) Gastos o expensas.

III.- Imputación por el acreedor

IV.- Imputación legal

I.- Concepto

El requisito principal para que funcione la llamada "imputación" del pago es que existan varias relaciones obligatorias que tengan prestaciones de la misma naturaleza; el caso más frecuente es el de las obligaciones de dar sumas de dinero¹, pero también podría presentarse en las obligaciones de dar cantidades de cosas; por ejemplo, un molinero podría adeudar, por distintas causas, varias obligaciones de entregar harina a un panadero². En la página 515 nos dice: "Al respecto cabe notar que, sobre la base de la identi-

¹ . Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, en su libro "La imputación de pagos" (Montecorvo, Madrid, 1973), dice que hay "predominio total de las obligaciones pecuniarias, que confirma nuestra jurisprudencia, en la que sólo se encuentran casos de imputación de pagos dinerarios" (p. 64).

² . Conf. Jorge A. Carranza, Jurisprudencia Argentina, 1983-III, sec. prov. p. 514 y

dad de la naturaleza del objeto de las obligaciones (todas de género, o de dar sumas de dinero, etc.), resulta indiferente que algunas lleven prestaciones accesorias (v.gr. intereses) y otras no, porque la homogeneidad de fondo no es desvirtuada por la heterogeneidad accesoría..

El segundo requisito es que sean los mismos sujetos quienes ocupan en todas esas relaciones la posición de acreedor, por una parte, y de deudor, por la otra.

Cuando el deudor efectúa el pago es menester determinar a cuál de esas prestaciones se aplica, y a ello se refiere el art. 1256 del Código Civil peruano cuando nos dice:

"Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas aplica éste. ..."

En cambio, aunque entre los mismos sujetos haya varias obligaciones, si las prestaciones son de diverso tipo (por ejemplo una consiste en la entrega de cinco caballos pura sangre, otra en el pago de 500 mil soles, y una tercera en la construcción de una casa), cuando el deudor ejecuta una de las prestaciones no habrá problema alguno de imputación, ya que si entrega dinero, o caballos, o construye la casa, esa conducta solamente puede aplicarse a extinguir la correspondiente obligación, y no las otras.

El Código no se conforma con establecer que las prestaciones deben ser de "la misma naturaleza", sino que insiste precisando que se trata de prestaciones "fungibles y homogéneas", es decir de tal tipo que si no se efectuase una determinación adecuada, podría haber dudas de cuál es la obligación a la que debe aplicarse el pago. En efecto, cuando las prestaciones tienen la misma naturaleza resulta indispensable precisar cuál es la que se abona, y cuáles subsisten, tanto por las relaciones que unen a las partes y la posibilidad de que exista mora, o devenguen intereses, o alguna de ellas prescriba, cuanto por la situación en que pueden encontrarse algunos terceros interesados, como son los fiadores.

Algún autor ha dicho que no existe ningún obstáculo para aplicar las reglas de la imputación a "aquellos casos en que nos encontremos con obligaciones de hacer o de no hacer de una misma especie, es decir cuyas prestaciones sean fungibles"³. Aunque quizás en pura teoría la afirmación resulte válida, parece muy difícil imaginar que en la vida práctica se encuentre alguna hipótesis de obligaciones de hacer, y muy en especial de "no hacer", que sean de la misma especie⁴!

siguientes.

³ . Ver Rodrigo Bercovitz, obra y lugar citados.

⁴ . Conf. Marcelo Urbano Salerno, Imputación legal de pago, L.L. 138-31 y siguientes.

Por aplicación del viejo principio del "**favor debitoris**", la ley concede en primer término al sujeto que paga la facultad de expresar cuál de las deudas abona y subsidiariamente, si nada se hubiese dicho, permite que la imputación la efectúe el acreedor o, en último caso, frente al silencio de ambas partes, determina una forma de imputación legal.

II.- Imputación por el deudor

De los propios términos del artículo 1256, que hemos reproducido más arriba, surge que es una facultad del deudor declarar "*al tiempo de hacer el pago*", por cuál de las obligaciones lo hace.

La expresión utilizada por esa norma nos obliga a efectuar una acotación: ¿se ha querido, acaso, limitar la facultad del deudor a expresar su voluntad de imputar en el momento mismo de efectuar el pago? ¿Significa esto que no se le permite al deudor comunicar por anticipado que las remesas de dinero, u otras cosas que dé en pago, deberán ser imputadas en cierta forma, cancelando primero unas deudas, y luego las otras, mientras no haga una nueva manifestación que modifique esa manera de imputación?

Estimamos que no ha sido éste el propósito del legislador, ya que si el propio artículo, a continuación, permite que la imputación se efectúe aún después de realizado el pago, pero antes de que el acreedor haya extendido el recibo, con mayor razón será suficiente que la voluntad del deudor se exteriorice con anticipación al momento del pago⁵, siempre que se ajuste a las pautas que fija la última parte del ya mencionado art. 1256, en cuanto no admite que se trate de pagos parciales, o que se procure imputarlo a "deudas ilíquidas o no vencidas".

a) Deudas líquidas

Ya en el segundo párrafo del art. 1221 del Código Civil peruano, al tratar de la indivisibilidad del pago encontramos otra mención a las "deudas líquidas", por contraposición a las "ilíquidas", lo que hace necesario tratar de caracterizar con precisión estos dos tipos de obligaciones. Recurriremos para ello a lo que manifestaba **Dn. Dalmacio**

Razona este autor sobre la base de la analogía que existe con la compensación, y lo dispuesto en el último párrafo del art. 825, que declara no compensables los hechos, y cita en su apoyo la nota de Vélez a ese artículo, donde se expresa que las obligaciones de hacer no son cosas fungibles, "únicas en que la compensación puede tener lugar" (ver ap. 5 y 6, p. 32).

⁵ . Conf. Carranza, trabajo citado, p. 515, y los autores y fallos que menciona en la nota 7 de su trabajo.

Vélez Sársfield en la nota al artículo 819 del Código civil argentino:

"... Se llama deuda líquida aquella cuya existencia es cierta, y cuya cantidad se encuentra determinada, **cum certum est an et quantum debetur** (Pothier, N° 268)...".

Dos son los requisitos que debe reunir la obligación para ser líquida: certidumbre acerca de la existencia de la obligación, y certeza respecto al monto.

Puede suceder, por ejemplo, que una persona haya sido condenada por sentencia firme a pagar los daños y perjuicios que ocasionó con su automóvil en un accidente, pero que la fijación del monto de esos daños se haya dejado para la ejecución, en la que se rendirán pericias u otras pruebas necesarias para saber el valor exacto de los daños; en tal caso la obligación es cierta en cuanto a su existencia y, sin embargo, es ilíquida, porque la cantidad no se encuentra determinada.

b) Plazo vencido

El Código no admite, si unas deudas son líquidas y otras ilíquidas, que el deudor efectúe la imputación a las segundas, por el contrario, insistimos, exige que sean líquidas y de plazo vencido.

En lo que se refiere a este último requisito, debería interpretárselo con alguna amplitud, ya que no debemos olvidar que el art. 179 establece, en principio, que el plazo suspensivo se presume estipulado en favor del deudor, "a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor...".

Como el deudor puede renunciar al beneficio del plazo, no habría inconveniente en que la imputación la efectuase a deudas no vencidas, cuando el plazo estaba estipulado en su exclusivo provecho.

c) Intereses

También el art. 1257 limita las facultades del deudor cuando expresa:

"Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses".

Las razones que justifican la disposición son claras; si quien adeuda una suma de dinero, más los intereses compensatorios o moratorios, y los gastos que debió afrontar el acreedor para obtener judicialmente el pago, pretendiese abonar primeramente el capital, perjudicaría notablemente al acreedor, porque estaría disminuyendo la fuente productora de los intereses⁶.

Se explica, al tratar las obligaciones de dar sumas de dinero, que los inter-

⁶ . Conf. Carranza, trabajo citado, p. 515.

eses -en su calidad de frutos civiles del capital- son siempre lo accesorio; si se aceptase que se extinga la obligación principal, quedaría extinguida la obligación accesorio, razón por la cual hay que proceder pagando primero los intereses.

Es menester tener en cuenta, por otra parte, que el art. 1243 del Código civil peruano dispone que el Banco Central de la Reserva del Perú fijará la tasa máxima legal de los intereses compensatorios y moratorios, y cualquier pago de intereses que excediese ese tope debe ser restituido al deudor o, a su voluntad, imputado al capital que se adeudaba.

No encontramos en el Código Civil peruano una distinción entre los plazos de prescripción que tienen la obligación de pagar el capital y la del pago de intereses; ambas son acciones personales y quedan sometidas al plazo general de diez años (artículo 2001, inciso 1). En otros Códigos estas acciones están sujetas a plazos diferentes, así por ejemplo en Paraguay se fijan diez años para el capital (art. 659 Código Civil del Paraguay), y cinco años para los intereses (art. 660, inciso c) y algo similar ocurre en el Código civil argentino (10 años para el capital, art. 4023; y cinco para los intereses, art. 4027, inc.3)⁷. En esos sistemas legales si se admitiese que se imputara primero a capital, el acreedor correría el riesgo de que la deuda de intereses prescribiese⁸.

Por último, no debemos olvidarnos de establecer la necesaria concordancia entre esta norma y un principio que estudiamos al considerar la prueba del pago, donde vimos que "el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses", hace presumir que se han pagado, salvo que se pruebe lo contrario (art. 1232, Código Civil peruano).

Múltiples son, por tanto, las causas que abonan la solución adoptada por el legislador.

d) Gastos o expensas

Debemos destacar, además, que el art. 1256 del nuevo Código tiene como fuente las previsiones del art. 1266 del Código de 1936⁹, pero invierte el orden de preferencias entre los gastos e intereses.

Derecho comparado. Antes de enumerar los distintas soluciones que encontramos en el Derecho comparado sobre esta materia, parece oportuno formular algunas reflexiones sobre las dificultades con que tropieza el investigador para comprender

⁷ . Esta abreviación del plazo de prescripción de las deudas de intereses se inspira en el art. 2277 del Código civil francés.

⁸ . Conf. Carranza, citando a nuestro recordado maestro, Pedro León (trabajo citado, p. 515).

⁹ . "Art. 1266 (Código del Perú de 1936).- El que debe capital, intereses y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos".

el sistema vigente en cada país, pues para conocer la verdadera realidad del sistema jurídico no debe limitarse a la lectura de las normas legales, sino que debe indagar cuál es su funcionamiento en la práctica negocial y jurisprudencial.

Así, por ejemplo, hemos recorrido muchos Códigos, tanto europeos¹⁰, como americanos¹¹, que tuvieron en esta materia como fuente de inspiración al Código civil francés, sin encontrar en ellos referencias a los gastos o expensas.

Esto no significa que en la práctica de algunos de esos países se desconozca la necesidad de atender al pago de los gastos de manera previa al capital. Si profundizamos el estudio del derecho francés veremos que ya a mediados del siglo pasado un jurista de la talla de Demolombe, pese al total silencio del Código, sostiene que la imputación debe efectuarse en primer lugar a los gastos, diciendo:

"En cuanto a los gastos que el acreedor haya tenido necesidad de efectuar con ocasión de la deuda, ellos forman un accesorio que se confunde con el principal.

*El art. 1254 es, pues, aplicable. Y la imputación debe hacerse, en consecuencia, sobre estos gastos, con preferencia sea al capital de la deuda, en ocasión de la cual se realizaron, sea a los intereses que pudiesen deberse, porque los gastos están en primer lugar, ante todo!"*¹².

Más adelante veremos que los comentaristas del Código italiano de 1865, cuya factura es muy similar a la del Código francés, también pensaban que debía imputarse el pago en primer lugar a los gastos, aunque la norma no los mencionase.

Códigos que mencionan expresamente los gastos. Recién cuando llegamos al Código civil alemán, encontramos que el apartado 1 del art. 367 dispone que en la imputación deben atenderse en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses, y finalmente al capital¹³; y luego el art. 85 del Código suizo de

¹⁰ . Códigos de Francia (art. 1254); Bélgica (art. 1254); España (art. 1173); Hungría (art. 290, inciso 2); ...

¹¹ . Argentina (art. 776); Brasil (art. 993); Costa Rica (art. 780); Chile (art. 1595); y los otros que siguen el modelo chileno, como Colombia (art. 1653); Ecuador (art. 1638); y El Salvador (art. 1465). En igual sentido los Códigos civiles de Honduras (art. 1438); Panamá (art. 1060); Puerto Rico (art. 1127); Rep. Dominicana (art. 1254); Méjico (art. 2094), Uruguay (art. 1477) y Quebec (art. 1570).

¹² . Ver C. Demolombe, Cours de Code Napoleon, T. 28, N° 14, p. 13.
Cita allí en su apoyo las opiniones de Zachariae, Aubry y Rau, y Larombière.

¹³ . Ver. Ludwig Enneccerus, Derecho de Obligaciones, (trad. al castellano de Blas Pérez González y José Alguer), Bosch, Barcelona, 1947, Vol. I, § 62, p. 309.

las Obligaciones, en la parte final del inciso 1º, hace referencia al retardo en el pago de "los intereses y los gastos", no permitiendo que en tal hipótesis un pago parcial se impute al capital¹⁴.

Von Thur se ocupa muy escuetamente de este problema, expresando que el apartado 1 del art. 85 dispone, *"en defensa del acreedor, y en interés de una marcha ordenada de las cosas, que el deudor sólo podrá ofrecer el pago del capital siempre y cuando no esté en descubierto respecto a los intereses y a las costas"*¹⁵.

Encontramos después el ya mencionado artículo 1266 del Código peruano de 1936. En un breve comentario a esta norma Guzmán Ferrer expresa que: *"La preferencia de los gastos armoniza las reglas de la imputación con las que reglan la prelación de los créditos (ley 7566, art. 112)"*¹⁶.

Con posterioridad esta idea se consagra también en el Código italiano de 1942, cuyo artículo 1194, bajo el título de "Imputación del pago a los intereses", nos dice que: *"El deudor no puede imputar el pago al capital, antes que a los intereses y a los gastos, sin el consentimiento del acreedor"*.

Es bueno señalar que durante la vigencia del anterior Código, de 1865, que seguía la línea del Código francés y sólo hacía referencia a los intereses y no a los gastos, la doctrina italiana entendía que los gastos hechos por el acreedor debían reembolsarse antes que los intereses y el capital¹⁷. En la nota 4 cita en apoyo de esta doctrina a Pacifici-Mazzoni, y autores franceses como Larombière, Aubry y Rau, y Demolombe, mencionando también dos casos de jurisprudencia de los años 1891 y 1893. Según Giorgi los gastos, de manera similar a los intereses, constituyen también "un accesorio del crédito", y ello justifica que se los pague de manera previa, extendiendo el principio al orden que debe seguirse en las quiebras y en las prelación de créditos¹⁸.

Por su parte el Código griego de 1941 se ocupa de este punto en el

¹⁴ . "Art. 85 (C. suizo de las Obligaciones).- § 1. El deudor no puede imputar un pago parcial al capital mientras se encuentre en retardo en el pago de los intereses o los gastos".

¹⁵ . Ver A. Von Thur, Tratado de las Obligaciones (trad. de W. Roces), Reus, Madrid, 1934, T. II, § 56, VI, p. 16.

¹⁶ . Ver Fernando Guzmán Ferrer, Código Civil, Tomo III, p. 849, Lima, 1977.

¹⁷ . Ver Jorge Giorgi, Teoría de las obligaciones (trad. al castellano), 2ª ed., Reus, Madrid, 1930, T. VII, N° 149, p. 174.

¹⁸ . Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

art. 423, estableciendo que debe imputarse primero a los gastos, luego a los intereses, y finalmente al capital¹⁹ Tomamos el texto de la traducción al francés realizada por Pierre Mamopoulos, para el Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero, Atenas, 1956..

En la misma postura, pero dando un paso más, se encuentra el Código portugués de 1967, que dedica al problema su artículo 785, que lleva el título de: "**Deudas de intereses, gastos e indemnización**"²⁰ § 2. La imputación al capital sólo puede hacerse en último lugar, salvo que el acreedor aceptase que se hiciera antes"..

Pires de Lima y Antunes Varela²¹ señalan que el viejo Código del marqués de Seabra sólo se ocupaba del capital e intereses²². Aclaran también que no es posible indicar concretamente cuales son las expensas, "porque varían de acuerdo a las circunstancias de cada caso", pero consideran necesario que estén vinculadas con la deuda, y que el acreedor tenga derecho a su cobro²³.

La llamada "indemnización" corresponde a lo que nosotros denominamos "intereses moratorios", estableciendo una preferencia de cobro de esta categoría, por sobre los intereses convencionales o legales que devengue el crédito.

Por su parte en el Código de Paraguay de 1987²⁴ encontramos el art. 592²⁵, que tiene como fuente el art. 815 del Anteproyecto de De Gasperi²⁶, que en

¹⁹ . "Art. 423 (Código civil helénico).- Si la deuda se compone de capital, intereses y gastos, la prestación se imputará en primer lugar sobre los gastos, luego sobre los intereses, y en último lugar sobre el capital.

El acreedor puede rehusarse a aceptar la prestación si el deudor ha fijado la imputación de manera diferente".

²⁰ . "Art. 785.- § 1. Cuando, además de capital, el deudor estuviere obligado a pagar expensas o intereses, o a indemnizar al acreedor como consecuencia de la mora, la prestación que no llegue a cubrir todo lo que es debido se presume hecha por cuenta, sucesivamente, de las expensas, la indemnización, los intereses y el capital.

²¹ . Ver Fernando Andrade Pires de Lima y Joao de Matos Antunes Varela, Código Civil Anotado, Coimbra Editora, 1968, T. II, p. 28, art. 785.

²² . Ver art. 730 del Código portugués de 1867.

²³ . Ver autores, obra y lugar ya citados.

²⁴ . Fue sancionado y promulgado en diciembre de 1985, y entró en vigencia el 1° de enero de 1987.

²⁵ . "Art. 592 (Código civil de Paraguay).- El pago por cuenta de capital e intereses y gastos, se imputará, en primer término a los gastos, luego a los intereses y por último al capital".

sus notas menciona como principal antecedente al art. 1194 del Código civil italiano de 1942; cita también el art. 367 del Código civil alemán, y el art. 85 del Código Suizo de las Obligaciones (que contienen la referencia al pago de los gastos), y a muchos otros que únicamente se refieren a los intereses.

El nuevo Código de Holanda incluye una mención de los gastos en el art. 44, inciso 1, del Libro VI, dándoles un lugar de preferencia para la imputación, por sobre los intereses²⁷ Tomamos el texto de la traducción efectuada por Juan Guillermo Van Reigersberg Verluys, "Derecho patrimonial neerlandés", Málaga, 1996..

En Argentina los tres proyectos integrales de Reforma del Código Civil, a saber, por orden cronológico: el Anteproyecto de Bibiloni²⁸ "Art. 1195.- El pago hecho por cuenta de capital, e intereses y gastos, se imputará primero a los gastos, después a los intereses, y por último al capital, a no ser que el acreedor diere recibo por cuenta del principal"., el Proyecto de 1936²⁹ El pago por cuenta de capital e intereses y gastos, se imputará en primer término a los gastos, luego a los intereses y por último al capital, excepto cuando el acreedor diere recibo en distinta forma"., y el Anteproyecto de 1954, también conocido como Anteproyecto de Llambías por haber sido ese jurista quien presidió la comisión que lo confeccionara, al tratar en el art. 983 de la imputación por el deudor, sólo se refiere a la hipótesis de adeudarse capital e intereses, pero luego, al referirse a la imputación legal, en el último párrafo del art. 985 dice que "*Cuando el pago fuere hecho por cuenta de capital, intereses y gastos, se imputará en primer término a los gastos, luego a los intereses, y por último al capital*"³⁰.

²⁶ . Ver Raúl Sapena Pastor, "Fuentes próximas del Código civil", ed. El Foro, Asunción, 1986, p. 134.

²⁷ . "Art. 44 (Código civil de Holanda, Libro VI).- 1. El pago de una suma de dinero a imputar sobre una obligación determinada sirve en primer lugar a una disminución de los gastos, seguidamente a una disminución de los intereses vencidos y finalmente a una disminución de la suma principal y de los intereses en curso".

²⁸ . "Art. 1194.- Si el deudor debiese capital con intereses, o gastos, de una misma obligación, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al capital".

²⁹ . "Art. 721.- Cuando se adeudare respecto de una misma obligación el capital, sea con intereses o con gastos, el deudor no podrá imputar el pago al primero, sin el consentimiento del acreedor.

³⁰ . En la nota se limita a citar las normas correspondientes de los códigos italiano, alemán y suizo de las obligaciones, y los artículos propuestos en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto de 1936.

La característica común a estos Códigos³¹, que se repetirá en el de Guatemala³², es que el orden fijado para la imputación coloca en primer lugar a los gastos o expensas, y luego a los intereses, para concluir con el capital. En el Código de Bolivia también se dispone que no se puede efectuar una imputación al capital "con preferencia a los intereses y gastos", pero no se aclara cómo se procederá en el conflicto de imputación entre los gastos y los intereses³³. II.- Pero el pago hecho al capital y a los intereses, sin observación del acreedor, se imputa en un quinto al capital y el saldo a los intereses..

En la doctrina de esos países que hemos podido consultar no encontramos mayores justificativos para el orden propuesto, salvo los comentarios de Von Thur, Giorgi, y Guzmán Ferrer al Código peruano de 1936, a los que hicimos referencia más arriba. Tampoco hemos encontrado la mención de casos de jurisprudencia en que se haya hecho aplicación de estas normas³⁴.

Como curiosidad concluiremos con la mención de dos códigos de África, en los cuáles se hace referencia a los intereses y gastos. El de Etiopía, obra del gran especialista en Derecho Comparado, Prof. René David, dedica al tema el art. 1752, que lleva como título: "**Imputación de los pagos. Gastos, intereses, principal**"³⁵. Por su parte el Código de Obligaciones de Senegal dedica al tema el cuarto párrafo del art. 176, con solución similar a la que venimos analizando³⁶.

En definitiva, pareciera que desde hace casi dos siglos predomina en "Derecho Comparado", más allá del tenor literal de las normas de cada sistema, el

³¹ . Código del Perú de 1936 (art. 1267), italiano de 1942 (art. 1194) y portugués de 1967 (art. 785).

³² . "Art. 1407 (C. c. de Guatemala).- El que debe capital e intereses no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni éstos antes que a los gastos".

³³ . "Art. 317 (C. civil de Bolivia).- **Deuda con intereses.**- I.- El deudor no puede imputar, sin que el acreedor consienta, el pago al capital con preferencia a los intereses y los gastos.

³⁴ . Los casos mencionados por Giorgi son muy anteriores a la inclusión de estas normas en los distintos cuerpos legales que mencionan de manera expresa los gastos.

³⁵ . "Art. 1752 (Código civil de Etiopía).- Cuando el deudor está obligado a pagar, además de la deuda principal, gastos e intereses, el pago parcial que él haga se imputa primero a los gastos, luego a los intereses, y finalmente a la deuda principal".

³⁶ . "Art. 176 (Código de las Obligaciones de Senegal).- ... Si el deudor está obligado a pagar, además de la deuda principal, los intereses y los gastos, el pago que haga se imputará primero sobre los gastos y los intereses. ...".

tener en cuenta a la hora de imputar, los gastos originados por el crédito, y abonarlos en primer lugar, antes que los intereses y el capital.

Solución del Código peruano de 1984. Justificación. ¿Qué razones han inspirado a los autores del actual Código peruano para invertir el orden? Sin duda algún justificativo debe haberse esgrimido en el seno de la Comisión reformadora por el ponente de esa sección, y en tal sentido resultan ilustrativas las líneas que dedica al tema Felipe Osterling Parodi, cuando nos dice que la preferencia que se otorga a los intereses sobre los gastos y el capital "tiene justificación plena"³⁷. Nos parece conveniente reproducir dos de los párrafos que dedica al tema:

"Los gastos suelen generar intereses legales, salvo acuerdo sobre pago de intereses convencionales. El capital, por su parte, usualmente genera intereses convencionales y, a falta de pacto, intereses legales.

Dentro de estos planteamientos es razonable, como elemental medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso, que éste, salvo acuerdo en contrario con el propio acreedor, deba pagar en primer término los intereses, que sólo si se capitalizaran generarían intereses, luego los gastos, que usualmente sólo originan intereses legales, inferiores a los convencionales; y, finalmente, el capital, que usualmente genera intereses convencionales superiores a los legales".

Se ha pensado que los "gastos" o "expensas", aunque configuran una obligación autónoma, tienen las características de una deuda que a su vez puede generar frutos, es decir otros intereses distintos de la deuda principal, razón por la cual se prefiere dar primacía en la imputación a todas las deudas de intereses, para proseguir con los gastos, y concluir con el capital originario.

III.- Imputación por el acreedor

Si el deudor no ha imputado el pago a ninguna de las obligaciones, podrá hacerlo el acreedor; se trata, como anticipamos, de una facultad subsidiaria que sólo puede ser ejercitada por el acreedor cuando el deudor no usó de ella. El art. 1258 del Código peruano prevé el caso:

"Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a algunas de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida

³⁷ . Ver Felipe Osterling Parodi: "Las Obligaciones", en "Biblioteca **Para leer el Código civil**, Vol. VI (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós), Univ. Católica del Perú, Lima, 1988, p. 151.

practicarla".

En primer lugar señalamos que la única oportunidad que tiene el acreedor para ejercitar esta facultad de imputación es el momento de dar el recibo que servirá al deudor de prueba de su pago y es requisito indispensable para que pueda ejercitarla que el deudor no haya indicado cual de las deudas pagaba. Si el acreedor deja pasar esa oportunidad ya no podrá hacer valer su prerrogativa, sino que estaremos frente al silencio de ambas partes que abre camino a la aplicación de la imputación legal.

En segundo término conviene destacar que esta norma aventaja a aquellas que hablan de la existencia de "dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedor", como la última frase del art. 775 del Código civil argentino³⁸. La referencia de manera genérica a una "causa que impida practicarla", engloba todas las situaciones posibles, y evita las dudas que suscita en el derecho argentino el uso de vocablos como "sorpresa".

El término había sido tomado por **Vélez Sársfield** de manera literal del modelo francés, donde su empleo provocó las mismas cavilaciones que en la doctrina argentina, pues introducía -al parecer- una noción distinta a la de los clásicos vicios de la voluntad: error, dolo y violencia.

La mayor parte de los autores estimaba que con esa referencia a la "sorpresa" se procuraba proteger los intereses de personas inexpertas, iletradas, analfabetas o incultas, de cuya inferioridad se aprovechaba el acreedor avisado que, sin dar tiempo al deudor a que reflexionase -aquí estaría el factor "sorpresa"- o se hiciese aconsejar, realizaba la imputación³⁹. Hay sin duda una errata en la publicación, pues la referencia de Carranza es al § 138 del BGB, que él conocía muy bien pues le ha dedicado atención en muchos otros trabajos suyos..

Ahora que el nuevo Código peruano ha incorporado normas que condenan el ejercicio abusivo de los derechos (art. II del Título Preliminar), y el aprovechamiento lesivo de los sujetos que se encuentran en situación de inferioridad (artículos 1447 y siguientes), la mención de la "causa que impida practicar" la imputación es comprensiva de todas las hipótesis que pueden provocar la invalidez del recibo otorgado por el acreedor.

³⁸ . "Art. 775 (Código civil argentino).- Cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a algunas de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, a menos que haya mediado dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedor".

³⁹ . Carranza estima que al incluir este vocablo se consagra un sistema de protección "equivalente al que el BGB usa en el § 136, en las hipótesis de rescisión por lesión" (trabajo citado, p. 516).

IV.- Imputación legal

El art. 1259 da la solución para los casos en que ninguna de las partes haya hecho uso de sus facultades de imputar el pago:

"No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente".

Estas previsiones legales de imputación son de carácter supletorio, y sólo funcionan cuando ninguna de las partes (deudor y acreedor), han manifestado su voluntad de ninguna manera.

La nueva norma modifica en algunos aspectos los criterios que consagraba el art. 1267 del Código de 1936 para la imputación legal.

En primer lugar, no encontramos más la mención al "plazo cumplido", exigencia cuya mención desaparece ahora en la imputación legal, aunque se ha mantenido en la imputación por el deudor, ya que la parte final del art. 1256 no le permite imputar el pago a una deuda no vencida, salvo que medie consentimiento del acreedor.

Interpretamos, sin embargo, que el requisito subsiste, pese a la falta de mención en el texto legal, pues parece contrario a la lógica que la ley disponga que la imputación del pago, en caso de silencio de las partes, se efectúe a deudas que todavía no son exigibles.

En segundo lugar, en el Código de 1936 prevalecía el criterio tradicional del derecho hispánico en esta materia⁴⁰: favorecer al deudor imputando el pago en todos los casos a las deudas más gravosas, criterio del que se aparta el nuevo Código, al establecer que la imputación se efectuará sobre aquellas deudas que se encuentren menos garantizadas. Así, por ejemplo, si una deuda estuviese garantizada con hipoteca, y otra solamente con fianza, la imputación legal hará que el pago se aplique a la deuda afianzada, por tratarse de una garantía de menor rango que la hipoteca⁴¹. Esta postura, inspirada en el B.G.B.⁴², en el Código italiano⁴³, y en el actual Código portugués⁴⁴, da prevalencia a intereses del

⁴⁰ . Salerno aporta interesantes datos sobre los antecedentes históricos de la institución en las Partidas y en el Derecho argentino anterior a la sanción del Código civil (ver en el citado trabajo N° 24 a 27, p. 35 y 36).

⁴¹ . Conf., en el derecho portugués, Pires Lima y Antunes Varela, obra citada, T. II, p. 27.

⁴² . Ver art- 366 del Código alemán.

⁴³ . Ver art. 1193 del C. civil italiano de 1942.

acreedor⁴⁵, y recién toma en cuenta la onerosidad para definir la imputación entre deudas que tengan iguales garantías.

Señalamos, además, que la norma se limita a mencionar la mayor "onerosidad", sin brindar ejemplos, como lo hace el Código de Vélez, en el derecho argentino. Creemos que las hipótesis mencionadas en el art. 778 de ese cuerpo legal pueden brindar una guía útil al intérprete⁴⁶. Se estimará, entonces, que son más onerosas las que llevan intereses, o entre varias que lleven intereses, las que paguen una tasa más alta; la existencia de cláusulas penales es otro índice de onerosidad y, como bien se ha resuelto por la jurisprudencia, deberá entenderse que una obligación que se encuentra en estado de ser reclamada por vía ejecutiva es más gravosa que aquellas sometidas a la vía ordinaria, cuyos trámites son más lentos, lo que origina menos peligrosidad para el deudor.

En último término el art. 1259 toma en cuenta la antigüedad de la deuda, para el caso de que tuviesen iguales garantías y onerosidad.

La fórmula adoptada puede mantener viva la polémica sobre qué se entiende por mayor antigüedad: ¿debe para ello tomarse en consideración la fecha de nacimiento del crédito, o la del vencimiento de la obligación? Puede suceder, en efecto, que una deuda nacida antes venza con posterioridad a otras obligaciones más recientes, porque sus plazos de exigibilidad son diferentes.

El debate suscitado sobre el punto ha sido ardoroso y ambas posturas cuentan con sostenedores de primera línea, tanto en Francia, como en Alemania e Italia⁴⁷, y sin duda ha de costar trabajo a la jurisprudencia y doctrina peruanas resolverse en uno u otro sentido. Por nuestra parte entendemos que ya que el legislador se inclinó a adoptar el criterio de la "antigüedad", hubiese sido preferible tomar como modelo el art. 784 del Código portugués de 1966, que establece sucesivamente ambas formas de antigüedad,

⁴⁴ . Ver art. 784, inciso 1, del código portugués de 1967.

⁴⁵ . Para justificar la norma en el derecho peruano Felipe Osterling Parodi dice: "Se trata, en primer término, de proteger al acreedor frente a la eventual insolvencia del deudor. Por ello, a falta de imputación hecha por las partes de la relación obligacional, el pago se aplica a la deuda menos garantizada. Esto es, sin duda, lo que despierta mayor interés en el acreedor y es, también, lo que evidentes principios de justicia prescriben" ("Las Obligaciones", Vol. VI, Biblioteca "Para leer el Código Civil", Univ. Católica del Perú, Lima, 1988, p. 152).

⁴⁶ . "Art. 778 (Código civil argentino).- ... a la más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante. ...".

⁴⁷ .ver **Bercovitz**, "La imputación de pagos", ed. Montecorvo, Madrid, 1973, notas 279 y 280, p. 265.

expresando que si varias deudas fuesen igualmente onerosas, la imputación se efectuará a la que primero haya vencido, y si varias hubiesen vencido simultáneamente, a la más antigua en su nacimiento.

La parte final del artículo expresa que cuando las reglas enunciadas anteriormente no pudiesen aplicarse, el pago se imputará a todas de manera proporcional.