

¿ES POSIBLE CALIFICAR DE NOVACIÓN OBJETIVA POR CAMBIO DE CAUSA EL PACTO DE ANATOCISMO ACORDADO EN UN CONTRATO DE CRÉDITO?

Carlos Pizarro Wilson

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Chile y Universidad Diego Portales

Doctor en Derecho Universidad de París II (Panthéon-Assas)*

Se me ha solicitado realizar un informe en Derecho acerca de la calificación de la novación por cambio de causa u objeto del pacto de anatocismo en contratos de apertura de líneas de crédito entre la Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A. –antes Concesionaria Tribasa Los Vilos S.A.– y Banco Nacional de Comercio Exterior S.N.C. Sucursal Gran Caimán, en adelante Bancomext, lo que implicaría la extinción de la obligación de pagar intereses al ser capitalizados dando nacimiento a una nueva obligación de pagar capital.

El informe se ocupa, en primer lugar, de describir el problema jurídico sobre el cual corresponde pronunciarse; en segundo término se analiza la noción de la novación (II) y sus condiciones (III), para finalizar con las conclusiones (IV).

Los antecedentes que se tuvieron a la vista son:

- Liquidación N° 25 al 48 del Departamento de Fiscalización

Grandes Empresas Nacionales de la Dirección Regional Grandes Contribuyentes del SII.

- Contratos de apertura de línea de crédito y sus modificaciones celebrados entre las partes ya individualizadas. Contratos N° 7971, N° 8189, 822 y s/N°.

I. EL PROBLEMA JURÍDICO

Según notificación N° 183 del 26 de abril de 2006 la sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A. recibió la liquidación N° 25 al 48 del SII, en conformidad con la cual el acreedor de un crédito otorgado desde el exterior –Bancomext– consintió en que las sumas adeudadas por concepto de intereses se transformarían en una obligación de capital, haciendo evidente su intención de novar una obligación accesoria vencida (a los intereses) por una obligación de capital. Según el SII, lo que las partes hicieron, en uso de su voluntad, fue convenir que la obligación accesoria del crédito (los intereses) se ha extinguido y, por

* Colaboró en el informe el profesor Iñigo de la Maza Gazmuri, profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

ello, con posterioridad a las capitalizaciones respectivas, las vinculó una obligación distinta, por concepto de capital adeudado, la que se sujeta a todas las condiciones de las deudas por capital y no a la de las deudas por intereses, entre otras (tasa de interés, fechas de pago). De esta manera, la novación, que el propio SII califica como objetiva y por cambio de causa, implicaría la extinción de la obligación de pagar intereses por otra de pagar capital, siendo procedente el pago del impuesto respectivo.

En otros términos, entre las partes existe un contrato que hace nacer la obligación de pagar capital más intereses; luego, al capitalizarse por aplicarse intereses sobre intereses –anatocismo–, se extingue la obligación de pagar intereses, sustituyéndose por aquella de pagar capital. Las partes del contrato habrían novado la obligación de pagar intereses, por aquella de pagar capital en virtud del pacto de anatocismo.

Por consiguiente, todo el problema jurídico radica en dilucidar si efectivamente podemos calificar de novación el acuerdo de las partes en que se pactó anatocismo. Si consideramos procedente la novación, se habrá extinguido la obligación de pagar intereses por otra de capital, lo que haría procedente el cobro de los impuestos respectivos; por el contrario, si se concluye improcedente la calificación de novación esgrimida por el SII, deberá rechazarse el cobro de los referidos impuestos.

Para resolver este problema debe considerarse la noción de novación y

sus diversas especies, pues es la novación el modo de extinguir invocado en la liquidación practicada por el SII y si se verifican las condiciones que la hacen procedente.

II. LA NOCIÓN DE NOVACIÓN

Según se señaló, el SII califica de novación por cambio de causa el acuerdo del contribuyente con Bancomext, al extinguir la obligación de pagar intereses y aquella de cobrar intereses moratorios, naciendo en su reemplazo la deuda por capital que queda sometida a otro estatuto contractual. Para entender el problema, se requiere establecer en forma clara el concepto de novación que acoge nuestra legislación y, en particular, el CC(A), para luego, en segundo término, definir el tipo de novación que se invoca: la novación objetiva (B). Esto permitirá establecer que la naturaleza de la novación es doble, por una parte, debe calificarse de contrato y, por otra, constituye un modo de extinguir las obligaciones; además, podrá aclararse qué debe entenderse por novación objetiva y su diferencia con la simple modificación de la obligación carente de efecto extintivo.

A. *El concepto de novación*

La novación está tratada en el CC a propósito de los modos de extinguir las obligaciones –artículo 1567 N° 2 y en el artículo 1628 y siguientes–. El propio Código la define como “...la substitución de una nueva obligación a otra anterior,

la cual queda por tanto extinguida”¹. Este concepto se recoge en forma amplia y consistente por la doctrina nacional. Para Luis Claro Solar

“La novación es un contrato en que se da nacimiento a una obligación para cancelar una obligación existente; y por consiguiente, puede decirse que sólo pueden hacer novación las personas que son capaces de contratar”².

Por su parte, Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic señalan que

¹ El artículo conserva el texto originario del *Código* desde su primera edición. El artículo corresponde en los proyectos del *Código* al artículo 1º, título XIV del proyecto de 1842; artículo 149 del proyecto de 1847; artículo 1802 en el proyecto de 1853 y en el denominado Proyecto Inédito al artículo 1802, en el que ya aparece la redacción definitiva. Se agrega una nota de Andrés Bello al proyecto de 1853 en que hace referencia a la obra de Delvincourt N° 171. Sobre el origen romano de la institución y su evolución histórica puede consultarse, Francisco de A. SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, 1964, p. 13 y ss; Javier BARRIENTOS GRANDON, “El concepto de novación según Ulpiano”, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, N° 23, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001, p. 15; Jean Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Puf, 1992, p. 144; con mayor detención, Jean Philippe LÉVY y André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, N° 719, p. 1.020.

² Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, vol VI: De las obligaciones, p. 409, N° 1708.

“La substitución de la obligación antigua por la nueva se efectúa a través de una convención que, por un lado extingue una obligación y, por otro, se crea una nueva que reemplaza a la anterior. Por eso, el Código, a veces habla de contrato de novación”³.

A su turno, Ramón Meza Barros indica que:

“Una nueva obligación, pues, sustituye a la antigua. La antigua obligación se extingue y por ello la novación es un modo de extinguir las obligaciones. Pero, al mismo tiempo, se crea una nueva obligación –de donde el nombre de novación dado a esta figura jurídica– y por este motivo el artículo 1630 habla, con propiedad, de ‘contrato de novación’”⁴.

La misma posición aparece en la obra de René Abeliuk⁵ y René Ramos Pazos⁶, quienes reconocen en la novación

³ Arturo ALESSANDRI R., Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANIVIC, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, vol. III: Modificación y extinción de las obligaciones, p. 79.

⁴ Ramón MEZA BARROS, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 9ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 395.

⁵ René ABELUIK, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, tomo II, p. 979.

⁶ René RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 391.

un contrato –surgimiento de una obligación– y una convención –extinción de una obligación anterior–. En consecuencia, no sólo el concepto sino, también, la naturaleza contractual de la novación es compartida.

En el Derecho Comparado, la opinión es uniforme en el mismo sentido.

En la doctrina francesa existe consenso en torno a la noción de la institución. Para François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, la novación se define como

“la operación jurídica en virtud de la cual las partes deciden sustituir una obligación nueva a otra preexistente, que resulta correlativamente extinguida”⁷.

134

Christian Larroumet junto a su discípulo Jérôme François en términos similares la definen como:

“la convención por la cual las partes deciden extinguir una obligación antigua para reemplazarla por una nueva obligación. La novación establece un vínculo de causalidad entre las obligaciones sucesivas. La extinción de una tiene por causa la creación de la otra mientras que la creación de ésta tiene por causa la extinción de aquella”⁸.

⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 1.340.

⁸ Jérôme FRANÇOIS, *Les obligations. Régime général*, bajo la dirección de Christian

En el Derecho español, la obra más importante sobre la novación la entiende como:

“la extinción de una obligación y creación de otra nueva que la sustituye. La extinción de la obligación primitiva no es sólo el efecto, sino, además, la causa de la nueva, llamada a sustituirla, hasta el punto de que nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente”⁹.

Puede observarse que existe amplio consenso en la doctrina sobre la noción de la novación. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia. En forma reiterada los tribunales han afirmado que:

“la simple prórroga..., no implica que haya novación, por cuanto *ésta tiene la naturaleza de una convención que exige la concurrencia de voluntades con tal objeto*, lo que en la especie no se acreditó de manera alguna”¹⁰.

La Corte Suprema, en sentencia de reemplazo que acoge la novación

Larroumet, Paris, Economica, 2000, tome 4, p. 80; puede consultarse además Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Obligations*, 11^a ed., Paris, Cujas, 2001/2002, tome 3: Régimen Général, p. 88.

⁹ SANCHO REBULLIDA (n. 1), p. 327.

¹⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de enero de 2002, Corte Suprema confirmando la sentencia de 9 de julio de 2002, en LexisNexis N° identificador 24793.

casando la sentencia dealzada señala que:

“el artículo 1628 del Código civil dispone que *la novación es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*; a su vez, el artículo 1631 del mismo cuerpo legal agrega que la novación puede efectuarse entre otros casos, substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor... Por otra parte, el artículo 1634 del ordenamiento legal citado establece que para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua”¹¹.

Existen, por lo demás, numerosas sentencias que reiteran el carácter contractual de la novación¹². No parece necesario insistir más sobre este punto respecto del cual existe amplio consenso.

La doble naturaleza de contrato y convención de la novación queda clara. La novación es contrato, por cuanto requiere la voluntad de las

partes para formarse, siendo un efecto principal de la misma la creación de una nueva obligación. En este sentido es contrato: crea una obligación nueva que sustituye a la anterior, ya sea en su aspecto objetivo o subjetivo. Y recibe la calificación de convención por su efecto extintivo, pues extingue la obligación primitiva, siendo la razón por la cual aparece tratada a propósito de los modos de extinguir.

Es importante para la solución del problema tener en vista esta doble naturaleza de contrato y convención, ya que por ser contrato exige la voluntad de las partes, excluyendo la novación legal. Y, por otra, al ser un modo de extinguir, se requiere de dos obligaciones sucesivas, una antigua, que resulta extinta y una nueva, que surge en el acuerdo de las partes. La naturaleza contractual de la novación es esencial, pues implica necesariamente la renuncia a un derecho. El acreedor consciente en dar por extinguido su crédito y reemplazarlo por uno nuevo. De ahí que sólo él pueda consentir en el cambio y no otro sujeto, ni siquiera el legislador. Según se verá, esta condición se refleja en la necesidad de que el consentimiento de las partes sea indudable, rechazándose la novación presunta.

El SII no recurre a la impropiedad de calificar la figura discutida como una hipótesis de novación legal, sino que concluye en la existencia de acuerdo de las partes para novar, el cual estaría plasmado en el pacto de capitalización de intereses. En forma textual el SII señala:

¹¹ Corte Suprema, 17 de noviembre de 1998, en LexisNexis N° identificador 15586.

¹² Véase el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo VI, artículos 1628 y ss., p. 123 y ss.

“por tanto, al capitalizar efectivamente las partes no hicieron más que manifestar en definitiva su intención de extinguir la obligación al pago de los intereses, capitalizándola, esto es, reemplazando la obligación al pago de intereses por obligación de capital... La nueva obligación contraída es capaz de generar nuevos ingresos para el acreedor que aceptó su novación” (folio N° 21 acápite respecto de la novación presunta).

El SII pretende excluir la novación legal, pues no existe obligación legal de capitalizar intereses, lo cual queda claro del artículo 9 de la ley N° 18.010, al señalar que “podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos...”. Siendo voluntario el pacto de anatocismo, no habría novación legal, pues “nunca fue obligatorio para las partes pactar la capitalización de intereses” (subrayado por el SII, folio N° 20). Y agrega:

“si no se hubiese capitalizado en la forma prevista por el inciso primero del artículo 9 de la ley N° 18.010, la sanción sería clara: no se les considerará sino intereses, por tanto, es claro que el interés capitalizado ha dejado de ser interés”.

Termina el SII sosteniendo que:

“Efectuadas cada una de estas capitalizaciones –por voluntad

de las partes y no de la ley como se indica en la respuesta a la citación– se ha extinguido la obligación de pagar intereses por un modo distinto al pago efectivo o solución, lo que igualmente provocará el devengo del impuesto”.

La posición del SII es clara. La voluntad de capitalizar intereses constituye el acuerdo para novar, de ahí la ausencia de una novación legal, no sólo al concurrir el consentimiento de las partes en cada una de las capitalizaciones sino, también, en el momento mismo de la capitalización. Así, entonces, se ratificaría la naturaleza contractual de la novación.

No cabe duda que las partes en conflicto ratifican ambas el carácter contractual de la novación. No podría ser de otra forma, atendidas las reflexiones de la doctrina nacional y comparada y el propio texto legal que la define. Sobre esto no existe controversia. *Contrario sensu*, queda claro también que la novación legal es improcedente, siendo esencial a la novación el acuerdo de las partes. Sin embargo, existe discusión sobre la lectura que debe hacerse sobre la calificación de novación de la capitalización de los intereses. Para el contribuyente existiría acuerdo para capitalizar, mas ningún contrato de novación se habría verificado. El SII discrepa, pues el acuerdo para capitalizar constituye un contrato de novación, excluyendo así la crítica a su opinión de establecer una novación legal.

En mi opinión, lo que hace el SII es consagrar una novación legal al amparo de la interpretación del inciso 2º del artículo 9 de la ley N° 18.010, atribuyendo en forma substancial al pacto de anatocismo el efecto novatorio. La voluntad de las partes se orienta a la capitalización de los intereses, sobre lo cual no existe duda. Sin embargo, el SII atribuye a dicha voluntad un efecto legal a partir de la interpretación que realiza del inciso 2º del referido artículo 9. Si se sigue la interpretación del SII, siempre que estemos en presencia de un pacto de anatocismo, cabría entender que concurre una novación objetiva. Por consiguiente, la voluntad para novar sería superflua o innecesaria, bastando el acuerdo para capitalizar los intereses. De ahí que el efecto novatorio derivaría de la ley y no del querer de las partes, cuestión que, según ambas partes en conflicto, resulta incorrecto e inapropiado. Para ilustrar esta conclusión debe recurrirse a las reglas de interpretación contractual. Encontrándose inserto en un contrato el pacto de anatocismo, lo relevante para descubrir el sentido y alcance de la cláusula es la intención claramente manifestada por las partes. No obstante, el SII recurre a una norma legal para descubrir la intención de los contratantes, otorgando un efecto novatorio a la cláusula de anatocismo. Lo definitorio para el SII es la interpretación legal –*contrario sensu*– del inciso 2º del artículo 9, a partir de la cual descubre la voluntad de las partes contratantes de querer novar.

En realidad, tras el velo del acuerdo de capitalizar intereses, el SII descubre una novación legal como efecto esencial del pacto de anatocismo.

En suma, el SII creó en forma pretoriana un nuevo tipo de novación legal a partir de la interpretación del artículo 9 inciso 2º de la ley N° 18.010, infringiendo las reglas aplicables de interpretación contractual y la naturaleza de contrato de la novación.

Según lo dicho, la novación constituye no sólo un contrato sino, también, un modo de extinguir las obligaciones. Esta calificación permite recoger la clasificación tradicional de la novación. La nueva obligación debe diferir de la primera extinta, ya sea por una transformación en el componente subjetivo de la primitiva obligación –sujetos– o por un cambio en su elemento objetivo –el objeto o la causa–. A partir de esta distinción, el *CC* admite tres tipos de novación en el artículo 1631. El primer numerando recoge la novación objetiva y los dos restantes aquella subjetiva, ya sea por cambio de acreedor o de deudor. En relación con el problema planteado, aquí interesa la novación objetiva, prevista en el art. 1631 N° 1º, en los siguientes términos: “Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor”.

Es evidente que la obligación extinta debe diferir de la naciente en el objeto o en la causa. Ésta es la clasificación que interesa en este informe, pues el SII califica la capitalización de intereses acordada por el con-

tribuyente con la banca como una novación objetiva, aunque no sea claro en cuanto a si el cambio es del objeto o de la causa.

Resulta necesario, entonces, para resolver el problema planteado referirse en particular a la novación objetiva.

B. La novación objetiva

El SII estima el pacto de capitalización como novación por cambio de causa. Esta calificación es equivocada al no existir ningún cambio en el título que se invoca para reclamar lo debido. Sin perjuicio que el SII pretende aplicable la novación por cambio de causa, resulta necesario analizar la posible procedencia de una novación por cambio de objeto.

a. Novación por cambio de causa

El concepto de la novación objetiva no es discutido. El SII recoge la definición del *Código* cuando indica que “en el presente caso estamos frente a una novación objetiva (“la sustitución de una nueva obligación a otra sin que intervenga nuevo acreedor o deudor”). Y agrega:

“la novación objetiva puede ser por cambio de objeto debido o por cambio de causa, siendo este último caso el que afecta a el (sic) contribuyente y su acreedor Bancomext Caimán. Esta última es una forma muy especial de novación, porque en estos casos

la obligación aparentemente permanece invariable. En efecto en este caso, no han variado la prestación (deuda en dinero) ni los sujetos activo (Bancomext Caimán) ni pasivo (Concesionaria), siendo trascendente en todo caso que por convención de las partes se ha extinguido la obligación de pagar intereses y por tanto ha quedado extinguida la obligación (facultad) de cobrar intereses moratorios y de extinguirlos en el plazo originalmente pactado, naciendo en su reemplazo la deuda por capital la que se someterá a otro estatuto jurídico contractual, a efecto entre otros a distintas tasa de interés y a otros plazos” (folio N° 22).

El SII califica la capitalización de intereses como novación por cambio de causa, ¿qué es lo que cambia cuando nos referimos a la novación por cambio de este elemento del contrato? En forma usual, se señala que cuando existe una novación por cambio de causa, lo distinto es el título que se invoca para exigir la prestación. Ésta ha quedado invariable en la nueva obligación, tal cual lo afirma el propio SII. El ejemplo tradicional de la literatura jurídica, que aparece en la obra de Jean Domat, es que un sujeto debe a otro el precio de la compra-venta o de un arriendo y se acuerda, por novación, extinguir la obligación de pagar el precio y reemplazarla por

aquella de pagar una suma de dinero a título de crédito. Es decir el título de la primera obligación –la compraventa– ha sido reemplazado por otro título –el mutuo–, entendiéndose extinguidas todas las garantías y accesorios. En este sentido se pronuncia Luis Claro Solar:

“Hay también novación objetiva todas las veces que las partes convienen que el objeto debido al acreedor a cierto título le será debido en adelante a un título diferente... si Pedro le debe a Juan el precio de un fundo que le ha comprado, y convienen en que retendrá el dinero por determinado tiempo a título de mutuo, habrá también novación”¹³.

Con la expresión causa no se alude al motivo para contratar –causa subjetiva, en los motivos o del contrato–, ni tampoco a la causa de la obligación u objetiva, que es típica para cada tipo de contrato, sino que la voz ‘causa’ en el ámbito de la novación se refiere a la “causa eficiente”. Es decir, a la fuente de la obligación o el título invocado. Por lo tanto, para que estemos en presencia de la novación por cambio de causa, debe variar el título que se invoca para reclamar la prestación. Así también la define la doctrina extranjera. Christian Larroumet y Jérôme François señalan que:

¹³ CLARO SOLAR (n. 2), tomo VI, p. 402. El ejemplo clásico es aquél de Jean Domat en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

“la novación por cambio de causa es tradicionalmente definida por la doctrina como aquélla que opera cuando el deudor se obliga respecto al acreedor a ejecutar la misma prestación bajo el fundamento de un nuevo título”¹⁴.

Francisco A. Sancho Rebullida es aún más radical, al concluir a propósito de la novación por cambio de causa que ésta es sólo admisible cuando exista incompatibilidad entre las dos obligaciones, la antigua extinta y aquélla nueva originada en un título diverso¹⁵. Para Flour y Jean-Luc Aubert:

“todavía más compleja es la novación por cambio de causa, ésta consiste en el título jurídico en virtud del cual la obligación existe. La misma cosa será debida, pero lo será por una razón diferente”¹⁶.

¿Puede afirmarse que en el caso discutido el título cambió y, en consecuencia, la deuda –el pago del capital e intereses– se debe a otro título distinto al contrato de línea de crédito?

Es fácil observar que en el caso en cuestión la causa eficiente sigue siendo la misma: el contrato de aper-

¹⁴ LARROUMET (n. 8), p. 91.

¹⁵ SANCHO REBULLIDA (n. 1), p. 390.

¹⁶ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR et Eric SAVAUX, *Les obligations*, Paris, Armand Colin, 1999, vol. 3: Le rapport d’obligation, p. 261.

tura línea de crédito¹⁷. Es este título el que hace posible al acreedor exigir el pago del precio del préstamo, ya sea capitalizado el interés o no. Resulta indiferente si el acreedor hizo valer los intereses moratorios o acordó anatocismo. En ambas hipótesis, el título invocado para cobrar la deuda es el contrato de línea de crédito. En efecto, la fuente de la obligación permanece en el tiempo, aun una vez operado el pacto de anatocismo. La operación jurídica efectuada por las partes en virtud del pacto de capitalización constituye, en vez de novación, el reconocimiento de un plazo diverso para pagar capital más intereses con un recargo por el retardo, lo cual, como se sabe, no constituye novación (artículo 1649 del *CC*).

140

En suma, es claro que resulta inviable calificar el pacto de anatocismo como novación objetiva, atendido que el título –causa eficiente– permanece inmutable desde la celebración del contrato de línea de crédito, y así lo denuncia Christian Larroumet y Jérôme François:

“La noción de novación por cambio de causa es bastante artificial y es generalmente invocada sin justificación real”¹⁸.

Considerar procedente la novación por cambio de causa sería, parafraseando a Esmein “el triunfo de la

contabilidad sobre el derecho, de la abstracción sobre la realidad”.

Si bien es claro que la calificación invocada por el SII ha sido la novación por cambio de causa, podría sostenerse que en la liquidación reclamada, ciertos párrafos aluden, más bien, a la novación por cambio de objeto.¹⁹ Por lo mismo, parece necesario referirse a esta posible calificación.

b. Novación por cambio de objeto

A partir de ciertos párrafos en que se justifica la procedencia de la novación por el SII, se podría entender que más bien alude en su liquidación a la novación por cambio de objeto. Así podría interpretarse pese a la voluntad explícita de señalar la aplicación de la novación por cambio de causa. Este equívoco puede ser debido a la complejidad habitualmente denunciada sobre la novación y que reconoce el propio ente fiscalizador al señalarla como “una forma muy especial de novación” (folio N° 22). Decimos que podría desprenderse una alusión a la novación por cambio de objeto, al estimarse que la sustitución se verifica respecto de una obligación de pagar intereses que se extingue por otra nueva de pagar capital. Por cierto, se refiere a obligaciones contractuales y

¹⁷ Con mayor detalle y distinguiendo las posteriores modificaciones, en este Informe *infra* III Condiciones. B. La novación como modo de extinguir la obligación. b. La nueva obligación.

¹⁸ (n. 8), p. 93.

¹⁹ Se reitera que el argumento del SII es que la novación por cambio de causa determina el objeto del litigio en ese ámbito, debiendo pronunciarse el juez respecto de la procedencia de este tipo de novación y no de otra.

al objeto de las mismas, que, si bien entendió que quedaban inmutables²⁰, en el mismo párrafo señala que;

“por convención de las partes se ha extinguido la obligación de pagar intereses y por tanto ha quedado extinguida la obligación (facultad) de cobrar intereses moratorios y de extinguirlos en el plazo originalmente pactado, naciendo en su reemplazo la deuda por capital...”. (Folio N° 22 novación objetiva).

Luego, cabría interrogarse si no es procedente una novación por cambio de objeto en la especie.

La respuesta es negativa, pues el objeto, tal como lo señala el propio SII, queda inmutable: el pago del dinero, aumentado en virtud del anatocismo, pero dinero igual. Revisemos este asunto.

Los intereses no se extinguieron, sino que se suman al capital para el cálculo de los intereses a pagar en virtud del anatocismo. Si efectivamente se extinguieran, no debieran sumarse al capital, sino que darían lugar a otra obligación justificada en un título diverso. Sin embargo, aquí el *debitum* –contenido objetivo de la prestación– aparece invariable, el capital sumado a los intereses, capitalizados o no, forma el objeto de la

obligación. Si existiera una verdadera extinción del objeto y pasara a reemplazarse por uno diverso, nada quedaría del capital, el cual también debiera entenderse extinguido junto a los intereses. Sólo en este supuesto podría justificarse una novación por cambio de objeto. Por el contrario, no sólo pervive el mismo capital aumentado con los intereses capitalizados, sino que sobre dicho capital ahora se calculará el interés en aplicación del pacto de anatocismo. No hubo reemplazo de la prestación, sino una mera modificación al sumar interés capitalizado a capital. Una opinión distinta significaría entender que el capital se extinguió al reemplazarse por una nueva obligación resultado de la suma del capital antiguo más los intereses capitalizados. Y, como consecuencia lógica, debiera aceptarse que dicha nueva obligación estaría privada de cualquier garantía pactada en el contrato, lo cual es absurdo. Igualmente habría que concluir que se extinguieron los intereses del capital, según lo dispuesto en el artículo 1640 del *CC*. Una conclusión no menos absurda que la anterior.

La novación por extinción del objeto y una simple modificación sin efecto extintivo son dos cuestiones distintas. En la modificación de la obligación no hay extinción alguna. En cambio, en la novación necesariamente se reemplaza la prestación por otra distinta. No se puede hablar de novación parcial, sino que el objeto de la obligación debe sufrir un reemplazo total. El *debitum* es sustituido por uno nuevo. ¿Sucedió eso en el caso en

²⁰ El SII señala: “...en este caso, no han variado la prestación (deuda en dinero) ni los sujetos activo (Bancomext Caimán) ni pasivo (Concesionaria)”. Folio N° 22.

estudio? La respuesta es negativa. La prestación originaria se ha mantenido en el tiempo, recibiendo sólo modificaciones accesorias que no hacen procedente entenderla extinguida.

Si consideramos aceptable el razonamiento del SII, querría decir que la obligación accesoria de pago de intereses se habría novado por una nueva obligación principal de reembolsar el capital más los intereses capitalizados. Esta opinión es insostenible. La jurisprudencia nacional en un antiguo fallo lo aclara. La Corte de Concepción señaló que:

“No importa novación la cláusula de un contrato de cesión de derechos hereditarios por la cual se conviene que el precio de ella quede en poder del cesionario por determinado tiempo con interés también. Hay en la especie un contrato único de cesión del derecho de herencia. La estipulación referida sólo tiende a establecer la manera en que debe efectuarse el pago de la cesión. No existe en este caso la sustitución de una nueva obligación a otra anterior y las partes no declaran la novación ni se desprende indudablemente su intención en este sentido”²¹.

El mismo razonamiento puede efectuarse en el caso en estudio. Exis-

te un contrato único de apertura de línea de crédito con modificaciones sucesivas, pero en éstas lo que se hace es establecer la forma del pago, acordando las partes la aplicación de intereses sobre intereses –anatocismo–. En la hipótesis fallada por la Corte de Concepción, en vez de pagar sólo el precio, se modificó y se agregó el pago de intereses.

La distinción entre novación y modificación de la obligación no ha sido nunca fácil²². La modificación de la obligación puede definirse como el cambio que afecta alguno de los elementos de la obligación sin su extinción. Los ejemplos son múltiples en el derecho contractual: modificación del plazo para el pago de la deuda, la reducción del interés o el aumento del mismo, la elección de un nuevo índice de indexación, etc. En cuanto a los efectos de la modificación, por una parte cambia algún elemento de la obligación y, por otra, carece de efecto extintivo. La diferencia fundamental con la novación radica en este último aspecto. Mientras la extinción de la obligación primitiva es consubstancial a la novación, en el caso de la modificación la obligación es la misma, aunque modificada, perviviendo las garantías y privilegios.

Puede concluirse que el caso analizado no concurre la novación por cambio de objeto al ser insostenible la extinción de la obligación

²¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de julio de 1914, Santiago, 2º semestre, 1914, N° 399, p. 1.115.

²² Véase la tesis doctoral de Alain GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, prólogo de Denis Tallon, Paris, LGDJ, 1980.

primitiva –deuda de capital– por la sustitución de otra de capital más intereses capitalizados. La alternativa propuesta por el SII que la obligación de pagar intereses sería reemplazada por otra de pagar capital implicaría precisamente el reemplazo del objeto de la obligación primitiva –la deuda de capital– y no sólo aquella de pagar intereses. Sostener lo contrario haría admisible una novación parcial de los intereses por capital, sin alterar la obligación de capital original y principal. En realidad, lo que concurre en la especie es una simple modificación de la obligación principal –a pagar capital e intereses– en virtud del pacto de anatocismo, lo que importa el aumento de la obligación principal por la capitalización de los intereses.

III. LAS CONDICIONES DE LA NOVACIÓN

La doble naturaleza jurídica de la novación en tanto es contrato y convención extintiva, permite abordar las condiciones de la institución. Para la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, las condiciones de la novación son capacidad de las partes, sustitución de una obligación válida que se extingue por una nueva que nace, diferencia entre ambas obligaciones y la intención de novar. Así lo ratifica el propio SII en el folio N° 20 *in fine*. En lo que importa para la resolución del problema debe analizarse la condición de intención de novar –*animus novandi*– y aquella de

conurrencia de obligaciones sucesivas, como efecto del nacimiento de una obligación en reemplazo de otra preexistente que se extingue.

A. *El animus novandi o voluntad de novar*

Sobre la necesidad que concorra una voluntad a lo menos tácita para calificar una operación jurídica de novación, no existe discusión alguna. Así lo dispone el artículo 1634 del CC:

“Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera”.

Nuestros tribunales han tenido ocasión de ratificar esta condición esencial del contrato de novación. La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado

“la novación no se presume; es de carácter excepcional... es requisito sustancial para que se opere que concorra la

intención de las partes de sustituir la obligación primitiva por otra posterior, que reemplaza a la antigua y produce su extinción”²³.

En consecuencia, es imprescindible, para que exista novación, que lo declaren las partes. Dicha declaración debe verificarse en el contrato de novación, sin la intención de novar no habrá extinción ni sustitución de obligaciones²⁴.

La exigencia de voluntad manifiesta, en forma indudable, es justificada. Al operar la novación como un modo de extinguir la obligación primitiva, el acreedor renuncia a un derecho –el cobro de la obligación extinta y todos sus accesorios–, lo cual es una situación excepcional, debiendo resultar claramente del acto novatorio. Esta voluntad es lo que la doctrina denomina *animus novandi*, siendo sólo posible que se verifique en forma expresa o tácita, mas no presunta.

Pues bien, la controversia se reduce, en el caso en análisis, a determinar si existe *animus novandi* o, en términos más precisos, si puede desprenderse una voluntad tácita inequívoca de las partes para novar. El SII así lo piensa. En reiterados párrafos de la liquidación lo afirma.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1930, RDJ, tomo XXVII, Santiago, sec. 2ª, p. 31.

²⁴ Debe señalarse que el *animus novandi* es una condición necesaria, mas no suficiente para que exista novación debiendo verificarse los otros requisitos para que opere.

En el folio N° 14 (6.5) señala:

“[E]l acreedor (Bancomext) consiente en que esas sumas adeudadas por concepto de intereses se transformen en una obligación de capital haciendo evidente su voluntad de novar una obligación accesoria vencida (a los intereses) por una obligación de capital, que sujeta al estatuto jurídico que contractualmente ha dado al capital adeudado, dándole además el carácter de disposición a esas sumas capitalizadas”.

A esta declaración habría que sumar:

“los registros contables de la sociedad concesionaria..., por cuanto de su revisión puede comprobarse que a la época fijada para el pago efectivo de las sumas devengadas, ella ha registrado esas sumas adeudadas como capital, no como intereses”.

En el folio N° 19 agrega:

“...lo que hizo la acreedora de la obligación por concepto de intereses fue convenir con la deudora (Concesionaria) que el pago de intereses se efectuaría con un objeto distinto del debido”.

En fin, bajo la rúbrica específica Intención de Novar (*animus novandi*) en el folio N° 21, se señala:

“Este requisito no sólo se cumple por la declaración expresa de las partes; sino también se cumple cuando aparece indudable que su intención ha sido extinguir la obligación antigua. No es indispensable que se declare expresamente que se está celebrando una novación, la manifestación de voluntad puede ser tácita (como ocurre en este caso, en que ambas partes del contrato han convenido que se de por pagada la obligación por intereses y se reconozca una obligación por capital). Lo que la ley no permite es que se presuma una novación, porque ‘la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua’. Tan claro (sic) es la ley en este punto, que sólo ha exigido manifestación de voluntad expresa para el caso de la novación por cambio de deudor, respecto del acreedor que debe consentir en ella. Y si no hubieses existido novación subsistirían ambas obligaciones (al pago de los intereses y al pago del capital), lo que por cierto no ha ocurrido”.

Continúa el SII, para excluir que existe una presunción del *animus novandi* señalando que:

“Sobre el particular debemos acotar que en ningún caso se ha presumido el animus no-

vandi, toda vez que, como se indicó en la citación, existe una voluntad claramente manifestada en tal sentido en los instrumentos privados que aportan (contratos de apertura de línea de crédito). En efecto, a pesar que la ley no les obliga a capitalizar los intereses, las partes acordaron que al vencimiento del plazo para el pago de los intereses del ‘principal’ Bancomext Caimán podrían capitalizar previa ‘solicitud por escrito de la Concesionaria’ y cumplidos determinados requisitos (Cláusula de Capitalización de Intereses). Por tanto, al capitalizar efectivamente las partes no hicieron más que manifestar en definitiva su intención de extinguir la obligación a pago de los intereses, capitalizándolos, esto es, reemplazando la obligación al pago de intereses por obligación de capital, con tasas distintas, plazos de pago distintos. La nueva obligación contraída es capaz de generar nuevos ingresos para el acreedor que aceptó su novación”.

Podemos establecer que no existe discusión sobre la necesidad de que la voluntad para novar debe concurrir, al menos, en forma tácita. Por otra parte, existe consenso, también, sobre la improcedencia de novación a partir de una presunción de la intención de novar. Luego, la discrepancia en la

especie radica en determinar si existió voluntad tácita para novar de las partes o, por el contrario, el SII estaría presumiendo la intención de novar.

Para dilucidar este problema es necesario clarificar qué debe entenderse por voluntad tácita y cuándo se presume la voluntad de las partes. Esto permitirá resolver cuál de las alegaciones de las partes en conflicto es la correcta interpretación.

Para el SII, la voluntad tácita estaría manifestada en el acuerdo de capitalizar intereses. Porque las partes acordaron capitalizar los intereses, cabría interpretar una voluntad tácita de novar aquella obligación de pagar intereses por otra nueva de pagar capital. El otro antecedente que apoyaría la concurrencia de una voluntad tácita serían los registros contables de la acreedora –Banco Bancomext–.

Para la doctrina nacional la voluntad tácita se caracteriza por dos circunstancias. La primera de ellas, es que la voluntad no se haya revelado explícita y directamente. La segunda, es que existan comportamientos de las partes o hechos de los cuales se derive en forma concluyente e inequívoca la exteriorización de la voluntad²⁵. De

²⁵ Véase, por ejemplo, Arturo, ALESSANDRI R., Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H., *Derecho Civil*, Santiago, Ediar-Connosur Ltda., 1991, partes preliminar y general, p. 182, Víctor VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, 4^a ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, p. 46 y Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 34-35.

allí entonces que a esta especie de voluntad se le denomine doctrinariamente “voluntad concluyente”²⁶.

Un ejemplo de Avelino León Hurtado permitirá ilustrar el carácter de concluyente de la manifestación tácita:

El artículo 1.241 dispone que:

“la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero”.

Y el art. 1.244 agrega:

“La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizada por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal”.

Si el heredero enajena una bien, tácitamente acepta la herencia, pues sin su calidad de heredero no hubiera podido efectuar esa enajenación. Su

²⁶ Véase, por ejemplo, Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/f., p. 110.

actitud no puede tener otra significación²⁷.

Lo determinante, es que el acto no puede tener otra significación, porque en ese caso simplemente no habría cómo inferir la voluntad de crear los efectos jurídicos. Tan severo es en el *CC* el carácter de concluyente de la conducta, que en el caso de la remisión tácita del artículo 1654 admite prueba en contrario por parte del acreedor que entrega voluntariamente a su deudor el título en que consta el crédito o lo destruye.

Advertido lo anterior, es necesario cuestionarse, una vez más, acerca del pacto de anatocismo. Específicamente, sí puede inferirse de él la voluntad de quienes lo celebran de extinguir la obligación de pagar intereses, reemplazándola por una distinta, la de pagar intereses capitalizados.

Se ha dicho que para ser tácita la manifestación de voluntad debe derivarse de actos concluyentes, es decir, actos que no admitan otra significación que la voluntad inferida. De allí, entonces, que, para este caso, sería necesario justificar que el acto de las partes –el pacto de anatocismo– tenga como único significado o comprensión posible la voluntad de extinguir los intereses. ¿Puede inferirse esto inequívocamente? La respuesta es que no. Por dos razones al menos. La primera, es que no es posible congeniar esta voluntad con la aceptación por parte del acreedor de la pérdida de garantías y privilegios que supone la novación respecto

de la obligación que se extingue. De aceptar la novación para este caso, sería forzoso concluir que el acreedor admite la extinción de las garantías que accedían a la obligación de pagar intereses. Desde luego, no resulta posible inferir forzosamente esa voluntad del pacto de anatocismo. La segunda razón, es que la voluntad que puede razonablemente inferirse del pacto de anatocismo no es la de extinguir la obligación de pagar intereses, sino la de permitir que éstos devenguen nuevos intereses; ésa es la única voluntad que aparece en forma concluyente del pacto de anatocismo.

¿Se trata, entonces, de un caso de voluntad presunta? Para responder a esta pregunta es necesario, esclarecer qué debe entenderse por voluntad presunta. Existe esta especie de voluntad, excepcionalmente, en aquellos casos

“en que la ley autoriza al juez para que la establezca, o en que no habiendo declaración de voluntad, la ley la da por existente”²⁸.

¿Presume en el caso del pacto de anatocismo el legislador que la voluntad de las partes sea extinguir la obligación de pagar impuestos sustituyéndola por aquella de pagar intereses capitalizados? La respuesta es que no y esto simplemente porque, como se examinará más adelante, el pacto de anatocismo ni extingue la obligación de pagar intereses capitalizados, ni

²⁷ BETTI (n. 26), p. 35.

²⁸ LEÓN HURTADO (n. 25), p. 41.

crea una nueva que la sustituye. Sin embargo, aun cuando éste no fuera el caso y se tratara de un caso de voluntad presunta, la novación no permite esta especie de voluntad, sino únicamente la expresa o la tácita. Así lo expresa el artículo 1634 y así lo ha entendido la doctrina en Chile.²⁹

*B. La novación
como modo de extinguir la obligación*

Según se indicó, en cuanto modo de extinguir las obligaciones, la novación exige una obligación anterior que se extingue –en el supuesto, aquélla de pagar intereses– y una nueva que sustituye a la extinguida –la de pagar capital–. El artículo 1628 del *CC* y la opinión unánime de los autores no permite duda alguna respecto de este requisito.³⁰

En el caso específico de la novación por cambio de causa, ya se ha dicho, la novación no altera ni el objeto debido, ni las partes del negocio, sino el título que causa la obligación. De allí, entonces, para que se extinga la obligación de pagar intereses por novación por cambio de causa por el pacto de anatocismo, sería necesario que se cumplieran copulativamente los siguientes requisitos:

- a) que exista una obligación anterior, en el sentido del artículo

²⁹ Sobre esto último véase, por ejemplo, CLARO SOLAR (n. 2), p. 417 señalando que: “La ley no acepta que la novación se presuma; no da al juez la facultad para inducirla de presunciones graves, precisas y concordantes”

³⁰ Véase, por todos, CLARO SOLAR (n. 2), p. 390 y ss.

lo 1628 del *CC*, que resulte extinguida por el contrato de novación;

- b) que el contrato de novación sea la causa eficiente de una nueva obligación que reemplaza a la primera.

a. La obligación anterior
que se extingue

También denominada la obligación novable, es aquélla preexistente que se extingue y que constituye la causa final de la nueva obligación que la substituye³¹. De esta manera, el requisito para que opere la novación no es solamente que dicha obligación anterior exista sino, además, que a través del contrato de novación se extinga.

Determinar si se cumple este primer requisito de la novación –la existencia y extinción de la obligación anterior– requiere analizar las operaciones de crédito de dinero y las obligaciones que de ellas se derivan.

1. La obligación novada o primitiva
debe revestir el carácter
de principal

Una lectura atenta de las reglas de la ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, muestra que, una vez perfeccionadas, surgen para el deudor que ha recibido la suma de dinero dos obligaciones: una esencial y otra natural. Es de la esencia de las operaciones de crédito de dinero la obligación de restituir el capital, es decir, la suma nominal que se en-

³¹ Véase SANCHO REBULLIDA (n. 1), p. 333.

tregó al deudor. Si esta obligación no surge, entonces simplemente no se trata de una operación de crédito de dinero. Junto con esta obligación esencial, surge, además, una natural: la de pagar por el uso del capital. En efecto, dispone el artículo 12 de dicha ley que “(L)a gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero”. Por consiguiente, si las partes no pactan la gratuidad a través de un pacto accesorio, se entiende incorporada la obligación de pagar intereses corrientes.

En el caso de que origina este informe, existieron cuatro contratos de línea de crédito. Una vez hecho efectivo el crédito surge para el deudor la obligación de restituir la cantidad de dinero utilizada –el capital– y, además, pagar por el uso de ese dinero, otra suma de dinero –los intereses–.

En opinión del SII, la obligación anterior a que refiere el artículo 1628 del *Código Civil* es la de pagar por el uso del capital: la obligación de pagar intereses. Esta obligación, desde luego, existe, pero conviene advertir que no es la obligación principal derivada del perfeccionamiento de los contratos de línea de crédito. Como ya se ha examinado, la obligación principal es aquella esencial a este tipo de negocios, la que de faltar les priva de efectos o determina que degeneren en otros distintos: la obligación de pagar el capital³².

Que la obligación de pagar los intereses no sea principal, determina que no pueda ser considerada como

la obligación anterior en el lenguaje del *Código*. La razón de esto es que la novación extingue la obligación anterior, pero no cualquier obligación anterior, sino la obligación principal del contrato primitivo, como si hubiera sido efectivamente pagado. Éste es, como advierte Luis Claro Solar, el efecto de todos los modos de extinguir las obligaciones³³. Así, por ejemplo, resulta evidente que, para que exista novación por cambio de causa en un contrato de compraventa, lo que debe adeudarse por un título distinto es la cosa o el precio. Asimismo, para que haya novación en un contrato de crédito, lo que debe adeudarse por una causa distinta al contrato que origina el crédito es el capital, no los intereses. La obligación de pagar intereses, entonces, no puede considerarse como obligación anterior porque no es principal.

En suma, el SII está equivocado cuando asigna a la obligación de pagar intereses en virtud del contrato de línea de crédito o sus modificaciones, la naturaleza de obligación primitiva o novada, porque no puede calificarse de principal, siendo, en consecuencia, improcedente la novación.

2. La obligación primitiva debe extinguirse

El segundo problema que debe examinarse a propósito de este requisito –la obligación anterior–, es si la obligación de pagar intereses se extingue en virtud del pacto de anatocismo, pues, ya se ha dicho, no es suficiente

³² Véase el artículo 1444 del *CC*.

³³ (n. 2), p. 426.

la existencia de una obligación anterior, es imprescindible, además, que se extinga como consecuencia del acto novatorio.

Para sostener la extinción de la obligación de pagar intereses, es necesario demostrar que, pactado el anatocismo y una vez satisfechos los requisitos del artículo 9 de la ley N° 18.010, ya no se adeudan intereses, sino nada más capital.

La obligación de pagar intereses, sin embargo, no se extingue. Lo que sucede es una cosa distinta y el mismo artículo 9 se ocupa de señalarlo: los intereses se capitalizan. Por lo mismo, forzoso es concluir, se siguen adeudando intereses, nada más que capitalizados. Dicho de otra manera, los intereses que se adeudaban en razón del contrato que origina la operación de crédito de dinero, se han transformado en intereses capitalizados y esto únicamente quiere decir que se han satisfecho los requisitos para que dichos intereses puedan devengar nuevos intereses.

2.1. La obligación de pagar por el uso del capital que no se ha extinguido

El primer y más obvio argumento es que la obligación de pagar por el uso del capital no se ha extinguido. En efecto, el pacto de anatocismo no libera al deudor de pagar una suma de dinero por utilización del capital. Una vez que los intereses se han capitalizado, la única modificación que sufre la obligación de pagar por el uso del capital es que los intereses impagos devengarán nuevos intereses.

Como puede observarse, resulta evidente que el objeto de la obligación de pagar intereses –una suma de dinero por el uso del capital– no ha sufrido ninguna modificación, salvo que ahora esa suma de dinero también devengará intereses. Si todavía se debe el objeto de la obligación, ¿en qué sentido puede afirmarse que la obligación se ha extinguido?

Podría afirmarse, como lo hace el SII, que se extinguió por novación por cambio de causa, ya se ha visto, sin embargo, que no fue el caso.

2.2. El legislador considera que los intereses capitalizados son intereses

Así puede advertirse con claridad de la lectura de la misma ley N° 18.010 y de la Ley de la Renta. Es necesario examinar, en lo pertinente, cada una de ellas.

i) La ley N° 18.010

El artículo 1° define a las operaciones de crédito de dinero como:

“aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una suma de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”.

Capital, entonces, es la suma entregada, así se desprende de la lectura del artículo 2, en la medida que define al interés como “toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capi-

tal”. Es decir, todo aquello que se pague sobre la suma entregada –el capital– constituye interés.

El artículo 9, a su turno, permite el pacto de anatocismo, sujetándolo a dos condiciones: que sean capitalizados los intereses ya devengados y que dicha capitalización no se haga por períodos inferiores a treinta días.

¿Pierden su carácter de tales, transformándose en capital, los intereses capitalizados?

La respuesta es negativa; lo que sucede es que se transforman en una especie de intereses que el legislador denomina “intereses capitalizados”, cuyas peculiaridades son, en primer lugar, que devengan intereses y, en segundo, que no se consideran para la computación del interés máximo convencional. La regla del inciso primero del artículo 9 debe entenderse no como una regla extintiva, sino imperativa. Dicho de otra manera, la regla no disciplina un modo de extinguir la obligación de pagar intereses, sino los requisitos que deben satisfacerse para que el pacto de intereses sobre intereses posea eficacia. Aceptar que la obligación de pagar intereses se extingue, manteniéndose el deudor y el acreedor de la obligación con un mismo objeto, dejaría como única posibilidad para admitir la novación el cambio de causa y, eso, como ya se ha examinado, no es posible.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo 9, regla excepcional y que constituye una sanción verificadas sus condiciones, no puede esgrimirse para la construcción de un principio, ni me-

nos para introducir en nuestro ordenamiento jurídico una novación legal, tal como se demostró más arriba.

ii) La Ley de la Renta

El artículo 4º Nº 1 letra b) del artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta que, en lo pertinente, dispone sobre el tratamiento tributario de los intereses de un crédito externo que se comprenderá dentro del endeudamiento total anual:

“Por endeudamiento total anual, se considerará el valor promedio mensual de la suma de los créditos y pasivos financieros con entidades relacionadas, señalados en las letras b), c) y d), considerando respecto de los títulos a que se refiere esta última letra los emitidos en moneda nacional, del artículo 59, que la empresa registre al cierre del ejercicio en que se contrajo la deuda, *más los intereses devengados en estas mismas deudas que no se hubieren pagado y que a su vez devenguen intereses a favor del acreedor*” [cursivas añadidas].

¿Cuáles –conviene preguntarse– son estos intereses a que refiere el legislador? No cabe duda alguna que se trata de los intereses capitalizados. ¿Cómo podría, entonces, sostenerse que la obligación de pagar intereses se extingue una vez que se capitalizan, si el legislador tributario exige considerarlos para determinar el endeudamiento to-

tal anual y los distingue? La respuesta es que no resulta posible, porque la obligación de pagar intereses no se ha extinguido, sino que únicamente se ha modificado permitiendo a los intereses devengar nuevos intereses.

2.3. El SII considera que los intereses capitalizados son intereses, no capital

El tercer antecedente es la circular N° 24 del 14 de marzo de 2002, emitida por el director del servicio, en que se interpretan las modificaciones introducidas al N° 1 del artículo 59 de la Ley de la Renta por la ley N° 19.738, donde, en lo pertinente, se señala:

“(iv) *Los intereses adeudados al término del ejercicio comercial respectivo que devenguen a su vez intereses, ya que estas operaciones se califican de pasivos financieros. Es decir, los intereses vencidos e impagos son una mayor deuda a favor del acreedor extranjero. Por lo tanto, si el crédito original era relacionado en los términos indicados en el punto b.2) anterior, también lo será la deuda por los intereses impagos, de lo que se desprende que en la medida de que dichos intereses adeudados devenguen a su vez intereses conforme a los contratos correspondientes, tales intereses deben incluirse dentro del endeudamiento total del ejercicio al término del período*” [cursivas añadidas].

Como aparece con toda claridad, el SII, a través de su director, ha sostenido que los intereses que devengan intereses, esto es, los intereses capitalizados, siguen teniendo esa calidad. Si esto ha sido afirmado por el director del servicio, los principios de certeza jurídica y coherencia en los actos de la administración determinan que deba restarse todo valor a la interpretación de sus fiscalizadores, en el sentido de que los intereses capitalizados pierden su naturaleza transformándose en capital. Éstos no sólo constituyen principios de difundida aplicación al interior del ordenamiento jurídico chileno sino que se encuentran recogidos expresamente, en materia tributaria, en el artículo 26 del *Código Tributario*, que impide cobros retroactivos cuando el contribuyente se ha ajustado, de buena fe, a una interpretación de la ley tributaria sustentada por la dirección o por las direcciones regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a sus funcionarios o a ser conocidos por los contribuyentes en general o de uno o más de estos en particular.

Por otra parte, entender a través de la liquidación que los intereses pierden su naturaleza de tales y, por otro lado, en la referida circular N° 24 que no es así, plantea un problema de buena fe de la administración en conformidad con la teoría de los actos propios. Esta teoría sostiene que un determinado sujeto, privado o público, no puede actuar en contradicción con sus propios actos precedentes

que, en forma legítima, han sido tomados en cuenta por la contraparte. Esta doctrina fundada en la forma latina *venire contra factum proprio, non valet*, constituye una regla jurídica que integra nuestro Derecho Positivo, derivada directamente del principio de la buena fe y que implica una restricción al ejercicio de determinados derechos, cuando la conducta de un sujeto suscite una expectativa seria de comportamiento futuro, otra conducta contradictoria con la anterior del mismo sujeto y que esta última afecte a un tercero. En el caso en cuestión, no existen antecedentes que puedan hacer ni siquiera sospechar al contribuyente que debía pagar por intereses capitalizados al perder su naturaleza de tales por una pretendida novación. Más bien, existían antecedentes que hacían previsible para el contribuyente que ahí no existía extinción de la obligación de pagar intereses. Por consiguiente, la liquidación del SII constituye una infracción al deber de comportamiento de buena fe, siéndole oponible la teoría de los actos propios³⁴.

En resumen, la obligación de pagar intereses no constituye obligación

anterior, en el sentido que lo exige el tratamiento de la novación en el *CC*, pues la de pagar intereses no es la obligación principal que se deriva de una operación de crédito de dinero. Además, la obligación de pagar los intereses no se ha extinguido con la capitalización, lo que ha sucedido es una cosa distinta: los intereses capitalizados permiten cobrar intereses.

b. La nueva obligación

Ya se ha mostrado que el pacto de anatocismo no extingue la obligación anterior, según lo exigen las reglas del título xv del libro iv del *CC*. Queda pendiente determinar si el pacto de anatocismo engendra una nueva obligación.

Según lo dispuesto en el artículo 1628, para que exista novación debe nacer una nueva obligación que sustituya aquélla que se extingue. En el caso que se informa, la obligación que se extingue sería la de pagar intereses. ¿Cuál sería la nueva obligación que la sustituye?

Teniendo en cuenta que todavía se debe la suma de dinero por el uso del capital –es decir, no se ha modificado el objeto de la obligación de pagar intereses– debería tratarse de una obligación que tuviera una causa distinta a aquélla de pagar los intereses. Pero esto sólo es posible si se trata de una novación por cambio de causa, toda vez que el objeto de la obligación se mantiene y si no hay diferencia ni en las partes, ni en el objeto, ni en la causa de las obligaciones, entonces resulta forzoso sostener que no ha existido nova-

³⁴ Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 66 y ss; Alejandro BORDA, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 2000; Luis DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Bosch, 1963; José PUIG BRUTEU, *Estudio de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951; entre otras sentencias, Corte Suprema, 9 de mayo de 2001, en *RDJ*, tomo xcviii, Santiago, 2001, N° 2, sec. 1ª.

ción. Clarificador resulta el escrito de liquidación, pues el propio SII califica la novación como objetiva y por cambio de causa.

¿Qué debe entenderse por causa para estos efectos?

Según se señaló, la novación por cambio de causa implica una mutación definitiva de la causa eficiente de la obligación, es decir, el título o fuente de la obligación que justifica el mismo objeto debido entre las partes.³⁵

Luego, la pregunta fundamental es: ¿existe diferencia entre la causa eficiente de la obligación de pagar los intereses y aquella de la obligación de pagar los intereses capitalizados?

Para responder a esta pregunta es útil distinguir dos casos. En el primero, el pacto de anatocismo nace a la vida del Derecho al mismo tiempo que el contrato, al formar parte de su texto original. En el segundo, el pacto de anatocismo se perfecciona con posterioridad a la celebración del contrato al cual accede.

1. El pacto de anatocismo es parte del texto original del contrato

En este caso, no cabe duda alguna que la causa eficiente del pacto de anatocismo es precisamente el contrato que originó la operación de crédito de dinero. Por lo mismo, la obligación de pagar los intereses capitalizados tiene su causa en dicho acuerdo, siendo imposible que se haya producido una novación por cambio de causa, al no existir una causa eficiente distinta del

contrato que engendró la operación de crédito.

No procede, entonces, hablar de una nueva obligación. ¿Cuál sería la novedad de esta obligación si las partes, el objeto y la causa son las mismas? La respuesta es que ninguna, salvo el hecho de que cumplidas las condiciones del anatocismo los intereses comenzarán a devengar intereses. Pero esto no ocurre porque se haya extinguido la obligación de pagar intereses, sino, precisamente porque las partes lo pactaron en el contrato que originó la operación de crédito. Por lo tanto, el título o fuente de las obligaciones es el mismo, no variando en ningún momento.

2. El pacto de anatocismo se incorporó al contrato con posterioridad al perfeccionamiento de éste

Puede suceder que el contrato –la causa eficiente de la obligación de pagar intereses– no haya contenido en su texto original un pacto de anatocismo y que éste haya sido añadido con posterioridad al contrato. ¿Poseería, en este caso, el pacto de anatocismo una causa distinta a la del contrato original o, en cambio, se trata simplemente de una modificación al contrato conservando una misma causa eficiente?

Para responder a esta pregunta resulta necesario advertir, que si se considera que la obligación de pagar los intereses capitalizados tiene como causa el pacto de anatocismo y no el contrato original, debe aceptarse que la obligación de pagar intereses

³⁵ Véase CLARO SOLAR (n. 2), pp. 402-403.

contenida en el contrato original se novó por la de pagar intereses capitalizados. Sin embargo, esto significaría que junto con la obligación de pagar intereses se extinguen sus accesorios. En efecto, el artículo 1641 del *CC* dispone que:

“Sea que la novación se opere por la substitución de un deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación”.

En opinión de Arturo Alessandri Rodríguez, lo que el precepto indica es que, en la medida que la novación extingue la obligación anterior, todo aquello que accede a ella se extingue, pues sigue la suerte de lo principal³⁶. De esta manera, sería forzoso concluir que las garantías reales y personales que caucionaban la deuda contraída a través de la operación de crédito de dinero se extinguieron respecto del interés capitalizado.

Esto es simplemente absurdo, ¿por qué iba a consentir el acreedor en un pacto como ése que lo priva de las seguridades convenidas para el crédito? La respuesta es que no lo hizo, pues allí no existe un nuevo contrato, sino únicamente una modificación que originó la obligación de pagar interés, pero la causa eficiente sigue siendo el mismo contrato. Para que se pueda calificar de novación el pacto de anatocismo por cambio de causa, sería

necesario que se hubiere modificado la causa: el título de la obligación. Para este caso particular, hubiera sido imprescindible que se sustituyera la causa de la obligación de pagar el capital, reemplazándose por otra. Lo cual, es evidente, no ha sucedido: la causa de la obligación de pagar el capital siguen siendo los contratos de línea de crédito celebrados por las partes.

En definitiva, lo que ha sucedido es una cosa distinta. El pacto de anatocismo no debe considerarse como un nuevo contrato donde se busque extinguir la obligación de pagar intereses reemplazándola por otra de pagar capital, sino que constituye un acuerdo de voluntades para modificar una de las obligaciones –no la principal– derivada de los contratos de línea de crédito. Por lo mismo, la causa de la obligación de pagar intereses capitalizados sigue siendo el contrato original. Ahí radica su fuente o causa eficiente.

A mayor abundamiento, conviene detenerse por algunos momentos, en la utilidad de la novación por cambio de causa, que es lo que permite comprender los casos en que sí tiene lugar. Como ha señalado Claro Solar, la novación por cambio de causa tiene lugar con el objetivo de facilitar las relaciones contractuales, suprimiendo operaciones inútiles³⁷. El ejemplo de Jean Domat, que recoge Luis Claro Solar servirá para explicar esto:

“Si después de un contrato de venta cuyo precio no ha

³⁶ Arturo ALESSANDRI R., *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1998, pp. 431-432.

³⁷ (n. 2), p. 404.

sido aún pagado, el vendedor acepta una obligación del comprador, a que se da como causa el préstamo por la misma suma que el debía del precio de venta, quedará satisfecho y sin que en la nueva obligación se haya hecho reserva alguna el vendedor habrá *innovado* su deuda”³⁸.

Pues bien, en este caso, la novación por cambio de causa simplifica las relaciones contractuales en la medida que evita que el comprador deba pagar el precio y luego, a título de mutuo, el vendedor volvérselo a entregar, lo que constituiría una operación inútil, pues lo mismo se logra a través de la novación sin necesidad del pago del precio y una nueva entrega de la misma suma de dinero al mismo sujeto, pero con una causa distinta. En el caso de los pactos de anatocismo las cosas son bien distintas, no se trata de evitar operaciones inútiles, ¿cuál sería la operación inútil?, ¿qué el deudor pague los intereses y el acreedor se los vuelva a entregar? En realidad, se trata simplemente de modificar el contrato original para que los intereses devenguen intereses.

De todo lo dicho para este segundo caso, puede concluirse con toda sencillez que, aun si se pactó el anatocismo con posterioridad al perfeccionamiento del contrato original, no es posible hablar de una segunda obligación por cambio de causa, la cual

queda inmutable. Lo que existió fue una modificación del contrato, pero la causa eficiente de la obligación de pagar los intereses capitalizados sigue siendo el contrato.

En suma, el pacto de anatocismo no crea una nueva obligación. Para que ello sucediera en el caso en estudio sería necesario que, a través del pacto de anatocismo, se cambiara la causa de la obligación de pagar intereses y según se ha examinado, sea que el pacto se incorpore en el texto original del contrato, o con posterioridad a su perfeccionamiento, la causa de la obligación de pagar intereses –capitalizados o no– sigue siendo el contrato de línea de crédito. No existe, entonces, una nueva obligación que sustituya a la anterior en el sentido que lo exige el *CC*.

IV. CONCLUSIONES

Frente a la interrogante, ¿es posible calificar de novación objetiva por cambio de causa, el pacto de anatocismo acordado en un contrato de crédito, al entenderse novada la obligación de pagar intereses por aquella de pagar capital?, debe concluirse que la respuesta es negativa, debiendo tenerse presente las siguientes conclusiones:

1. La interpretación del SII del artículo 9 inciso 2º de la ley N° 18.010, crea una novación legal improcedente;
2. No es posible inferir el *animus novandi* de la celebración de un pacto de anatocismo;

³⁸ (n. 2), p. 404.

3. La obligación de pagar intereses no constituye una obligación anterior en el sentido de que lo exige el artículo 1628 del *CC*, pues para serlo debiese ser la obligación esencial que surge de una operación de crédito de dinero;
4. La obligación de pagar intereses no se extingue por la capitalización de los mismos. Los intereses subsisten, la única modificación que sufre la obligación es que dichos intereses devengarán nuevos intereses;
5. La capitalización de los intereses no produce una nueva obligación. Para que esto sucediera, en este caso, debería modificarse la causa –entendida como el título que justifica la obligación–. Ésta, sin embargo, permanece, sea que el pacto de anatocismo se incorpore en el texto original del contrato o, bien, se agregue con posterioridad al perfeccionamiento que originó la operación de crédito de dinero.
6. No existe tampoco novación por cambio de objeto, siendo la prestación –*debitum*– el mismo, salvo por la modificación del pago de intereses sobre intereses;
7. El pacto de anatocismo opera una modificación de la obligación contractual que no corresponde calificar de novación, ni por cambio de causa, ni por cambio de objeto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELUIK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1998.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H. *Derecho Civil*, Santiago, Ediar Conosur Ltda., 1991.
- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H., *Tratado de las obligaciones*. 2ª ed. ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, “El concepto de novación según Ulpiano”, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, N° 23, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/f.
- BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 2000.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Bosch, 1963.
- FLOUR, Jacques, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR et Eric SAVAUX, *Les obligations*, Paris, Armand Colin, 1999.
- FRANÇOIS, Jérôme, *Les obligations. Régime général*, bajo la dirección de Christian Larroumet, Paris, Economica, 2000.
- GAZZANIGA, Jean Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Puf, 1992.

- GHOZI, Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, prólogo de Dennis Tallon, Paris, LGDJ, 1980.
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- LÉVY, Jean Philippe y André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.
- MALAURIE, Philippe et Laurent AYNÈS, *Obligations*, 11^a ed., Paris, Cujas, 2001/2002.
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 9^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PUIG BRUTEU, José, *Estudio de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951.
- RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias*, 3^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, 1964.
- TERRÉ, François, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005.
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, 4^a ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000.