

**"ASPECTOS FINANCIEROS DEL DERECHO
REAL DE HIPOTECA**

**Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico
del inmueble hipotecado y el crédito garantizado. La
movilización de los créditos hipotecarios"**

*La inflación y otros factores económicos trascendentales frente
a las vicisitudes del valor del crédito y su garantía hipotecaria*

Fernando Fueyo Laneri

Doctor en Derecho, Universidad de Chile.
Profesor Universitario de Derecho Civil.
Autor de Tratado del Derecho de Obligaciones.
Casilla Postal 3061, Santiago de Chile - 1.

SUMARIO

- 2) Para llegar a la solución positiva de la actualización...
- A) Una historia breve y el desplazamiento del polo de protección jurídica.
 - B) El problema de los fundamentos de la teoría de la actualización o indexación.
 - C) La actualización o indexación se aplica satisfactoriamente en caso de deudas a corto plazo, y, además, con inflación moderada y controlada.
 - CH) No se trata de la crisis de la actualización o indexación, sino que de aplicaciones negativas o frustradas, ajenas a la indexación misma.
 - D) El conocido juego ilícito del endeudamiento deliberado, excesivo, frustrante y, caótico. Se afecta el orden público económico de la nación correspondiente.
 - E) El resultado sistemático de desastre y caos conduce a dos conclusiones: la indexación se aplica erróneamente y la ilicitud queda configurada con todas sus consecuencias.
 - F) Algo sobre la corrección monetaria y su repercusión registral.
 - G) En cuanto a conclusiones.

A) Una historia breve y el desplazamiento del polo de protección jurídica.

1) En el problema en tratamiento se advierten desde su origen histórico varias etapas preliminares o preparatorias que culminan con la necesaria protección jurídica de uno de los sujetos de la relación de obligación, y éste es el **acreedor**.

Conforme a esta solución, el acreedor ya no recibirá en pago una misma cantidad de dinero deteriorado, con el efecto frustrante de liberarse al deudor de la obligación contraída, ésto es, extinguiéndose totalmente la obligación, ahora y para siempre.

2) Para llegarse a la solución positiva de la actualización, reajustabilidad o indexación —que son algunos de los nombres—, se debió recorrer, sin embargo, un **largo y tortuoso camino** preliminar o preparatorio. Lo dicho se advierte, con matices de más o de menos, en todos los países que han padecido de hiperinflación.¹

A) **Inicialmente**, se vive en medio de inflación, aún de alguna entidad, y pareciera que se ignora, o que no merece especial atención y tratamiento por el derecho. Se oculta la inflación, o se la disimula; pero nadie mueve un dedo. Dicho estado de cosas discurre por años, mejor, por decenios. Parecè increíble. El fenómeno inicial de la pasividad señalada se observa nítidamente en Chile, como asimismo en muchos otros países.²

En ese lapso, obviamente, hay un deudor que se favorece de un modo que generalmente no es inocente. Aún más, explota la situación, planifica para favorecerse con ella lo más posible, y en casos llega a convertirse en hombre de considerable riqueza en tiempo relativamente breve. Muy simple: ha pagado sistemáticamente dinero en igual cantidad histórica y desvalorizado; por tanto, ha pagado menos de lo que debía.

Simultáneamente, el **acreedor** padece pérdidas, que pueden ser cuantiosas, según los casos. Si ese acreedor maneja un patrimonio de afectación destinado al beneficio de asociados que están

(1) Así llamada la inflación cuando sobrepasa el límite del 10% anual, al menos según la ortodoxia de hace unos diez años, pues hoy sería difícil saber desde qué límites estamos autorizados para valernos del aumentativo "hiper".

(2) En Chile se advierte el fenómeno inflacionario ya en el último tercio del siglo XIX. Un recrudescimiento notable se presenta en la década del 1950, con verdadera alarma pública. Allí se inicia, entonces, la primera legislación parcial o sectorial que dispone la indexación. Una mayor cantidad de leyes al respecto se promulga en la década del 60. La pasividad absoluta duró, pues, *decenios*, y se rompió con leyes sobre materias determinadas y a ritmo muy lento.

sometidos a un régimen de protección social, dicha organización termina seguramente pereciendo, con el consiguiente desastre económico-social, y con la frustración de dicho sistema. Es lo que sucedió en Chile con las llamadas Cajas de Previsión Social, en número cercano a veinte, que prestaron a sus imponentes durante mucho tiempo para la adquisición de viviendas económicas. Estos préstamos se hicieron a 30 años, a bajo interés y sin cláusula de estabilización. Dentro de poco, los dividendos mensuales perdieron su valor originario y en los últimos 15 años del plazo aquellos dividendos se convirtieron en sumas irrisorias o ridículas, con el consiguiente daño irreparable de la Caja respectiva, de los demás imponentes y de todo el sistema previsional.

B) **Pasado un cierto tiempo**, y, sobre todo, si el fenómeno inflacionario arrecia, la solución de actualizar las obligaciones de dinero empieza a legislarse; si bien parcialmente, esto es, limitada a ciertas áreas de obligaciones, por lo general de un mismo origen, y de gran volumen económico si se las suma a todas. Se comienza por una sola ley y luego prosiguen otras y otras, complementándose a lo largo de años un número de 10 o más leyes, que, dado que abarcan en cada caso masas considerables de obligaciones, pronto aflora la certeza de haberse alcanzado el sistema legal de la actualización. Al menos como espíritu general de la legislación, o como un principio de derecho acogido por el ordenamiento positivo.

En su recorrido ciertamente pausado, constituye una etapa de ensayo, vacilaciones, desconfianza. Se teme, especialmente, en los efectos negativos que se producirían en el evento de darse una solución plena, total, para todos los sujetos y cualquiera que sea la obligación dineraria por reajustarse. Se teme, pues, a los efectos de la teoría valorista aplicada de modo más o menos general y absoluto.

Aquí asoman los economistas que pronostican efectos perniciosos para el caso de soluciones que abarquen todo el sistema de las obligaciones de dinero con pago diferido.

El tiempo, sabio incomparable, no dejó de dar parte de razón a quienes postularon tal posición cautelosa y prudente; al menos en cuanto a los resultados exorbitantes y rechazables que se observan, en mayor o menor volumen, al aplicar la actualización o indexación con rigor, inflexiblemente, en economías inestables e incontroladas, y sobre todo en el largo plazo. No estoy formulando un

reproche de fondo al sistema de actualización o indexación, que por mi parte sigo defendiendo a ultranza por sus bondades, sino que hago observación a ciertas aplicaciones que fallaron en determinadas circunstancias de tiempo y lugar por la rigidez del método.

En este mismo período en referencia se repiten soluciones jurisprudenciales que aplican precisamente esas leyes nacidas poco a poco bajo el signo de la excepcionalidad. Como también se observa adecuación de la legislación común a la solución de reajustabilidad de la obligación según los fundamentos que las materias respectivas ofrecen de modo evidente. Como ser, el de la regla de ser total la indemnización, y por tanto necesariamente reajutable, sea que provenga de un hecho o acto ilícito, o de una relación contractual, o provenga de una expropiación, o bien en atención a otras causas que contienen igualmente asidero propio para indexar.

C) En este proceso evolutivo, se alcanza, finalmente, un **ordenamiento positivo, más bien orgánico**, que abarca virtualmente todas las obligaciones que se pagan a plazo, con dinero, las cuales deberán reajustarse conforme a índices determinados, o alternativos, o convencionales, o bien dispuestos por el juez. No nos detengamos aquí a la precisión de si en esta forma se alcanza o no la consagración plena de la teoría valorista; pero adelantemos que en uno y otro caso se estará dependiendo por completo de la técnica legislativa que aplique la legislación indexatoria.

Como ejemplo de haberse alcanzado esta etapa de la evolución, se puede citar la ley N° 14.500, de la República Oriental del Uruguay, promulgada el 8 de marzo de 1976. Como también dos ordenamientos de **Chile**: el **Decreto-Ley N° 455**, publicado en el Diario Oficial de 25 de mayo de 1974, que contiene soluciones de reajustabilidad marcadamente generales, nunca antes dadas en Chile³ y la **Ley N° 18.010**, publicada en el Diario Oficial de 27 de junio de 1981, la cual establece normas que disponen la reajustabilidad, o la suponen, y que se refieren en general a obligaciones de dinero con pago diferido. Esta última ley mejoró y sustituyó a la anterior.

(3) Entre las disposiciones de dicho Decreto-Ley N° 455 se encuentra una muy importante, que tuvo por objeto derogar el art. 2.199 del Código civil chileno de 1855, que establecía: "Si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato". Se trataba de una muestra flagrante de la teoría nominalista, sobre la base de una permanente estabilidad monetaria. La disposición derogada tiene, sin embargo, otras congéneres en el mismo Código Civil: los artículos 400, 1236, 1402 y 1709, todos los cuales están vigentes actualmente.

En términos amplios, según ambos textos legales, **las obligaciones se cumplen con dinero de valor actualizado**, que se calcula desde el nacimiento de la obligación hasta el momento del pago efectivo; hayan o no concurrido mora, o circunstancias extraordinarias e imprevisibles, o lesión, u otros extremos imperativos que consagran leyes de algunos países y que no han servido más que para complicar la operación y aumentar el caudal de pleitos.

En otras palabras, en los citados textos legales de Chile, no se ha puesto en juego deliberadamente, condicionalmente, la **teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad** que consagra expresamente y por primera vez el Código civil italiano de 1942, u otra alguna que guarde algún parecido.

Tampoco se funda la solución, de esos textos, según sea la obligación "**de dinero**" o "**de valor**", clasificación que allí es inocua. Sólo se distinguen obligaciones "**no reajustables**", que además de ser excepcionales son de rara aplicación práctica, casi diría que solamente cuando las partes han acordado que sean de ese modo al término de una discusión del contexto contractual, y **obligaciones reajustables**, que representan la inmensa mayoría y que en el mundo de la realidad alcanzan diariamente a volúmenes de decenas de miles sin mediar discusión alguna ni el menor gesto de reparo.

La regla general, pues, consiste en hacer reajustables o indexables las obligaciones de dar dinero, sean o no dinero en su origen. Así, se hace corrección de la moneda que se desvalorizó en el transcurso del tiempo. Para tal efecto se aplica un índice determinado que acusa tal desvalorización. Generalmente el índice de precios al consumidor (I.P.C.), que fija el Estado con regular eficiencia en los primeros días de cada mes, conforme a técnicas admitidas universalmente, con variantes sólo de detalle.

Pueden citarse, además, legislaciones de muchas otras naciones que han alcanzado ese mismo nivel en la evolución de la materia. No importa si las técnicas son las mismas, que ya es como entrar en el campo de las modalidades.

3) Pero la **historia del problema** no termina cuando se satisface legislativamente y en plenitud las justas aspiraciones del **acreedor**, antes burlado sistemáticamente con pagos en moneda que representa ostensiblemente menor valor en comparación con el instante de nacimiento de la obligación.

Como resultado de aplicarse la reajustabilidad o indexación conforme a determinados índices, y con la complicidad copulativa de importantes causas extra-indexación, se ha llegado en el hecho a cambiar el polo que requiere de protección jurídica. Del acreedor perjudicado por efecto de la desvalorización de la moneda de pago, se ha pasado a un deudor estrangulado por una deuda que, bajo el manto purificador de su ajuste al valor real, se convierte en excesiva, injusta, o imposible de cumplir en todo o en parte. Del volumen de casos producidos se derivan una serie de consecuencias en cadena, que a la vez son gravísimas.

A ello se suma que la garantía hipotecaria o prendaria se ha hecho insuficiente o insignificante, no sólo por aquel crecimiento notable de la deuda numéricamente hablando sino por la depreciación de la cosa misma dada en garantía, que incluso puede carecer de mercado comprador, o éste puede ser muy débil. Se llega, pues, a la situación de estar frente a un deudor en mora, o en quiebra, o que puede satisfacer su deuda sólo en parte, o bien, finalmente, de una obligación extinguida de hecho por imposibilidad de cumplimiento.⁴

¿Y en cuanto al **acreedor**? Nadie quisiera estar en este caso en su pellejo: no logra cobrar efectivamente su crédito, y seguramente jamás lo conseguirá. Es como si se le hubiere hecho un presente griego. Vive una quimera. Tal vez estaba mejor primitivamente, cuando recibía realmente menos, pero recibía al fin. En realidad, en este instante histórico en que nos encontramos en muchas naciones, en estos mismos días, ese acreedor de apariencia vive verdaderamente una ilusión, un sueño. Más le valiera adoptar un realismo, un poner los pies sobre la tierra, y renegociar la deuda con pérdida de parte de los intereses, y, a veces, con renuncia de parte de capital. En todo caso, en posición realista, llegar a recibir algo ahora o algún día con razonable seguridad.

4) Ahora viene una pregunta fundamental: **¿Qué etapa se iniciará a contar de nuestros días**, en medio de estudios intensivos del problema, incluso internacionalmente. Se tratará de ensayar perspectivas en esta ocasión.

Adelantaré que, para empezar, deberán distinguirse casos de

(4) Obsérvese que la cosa dada en garantía debió aumentar de precio en el mercado, por efecto de la desvalorización monetaria. Tal efecto, que sería el normal, está contrarrestado, sin embargo, por la concurrencia de múltiples causas, que hasta son incontrolables, y que producen ese resultado absurdo y contradictorio, con las muchas y graves consecuencias que de ello derivan.

casos, A un lado las **naciones que sufren hiperinflación** y a la vez sus economías son inestables y están dañadas por gravísimos problemas y efectos que la hacen irrecuperables a corto y mediano plazo, sin considerar, por otra parte, que la situación es incontrolable, y, en una palabra, caótica. Al otro lado, los países de **economía sana y estable, con inflación moderada y bajo control**. Las soluciones en uno y otro extremo son completamente diferentes. El tema mismo, resulta también diferente. En este último caso, la indexación es sana y se desarrolla normalmente. En el primer caso debe aplicarse; pero con limitaciones condicionantes, con regulaciones especiales, sujeta a eventuales revisiones jurisdiccionales si el asunto lo exige, en fin, interviniendo la prudencia, la equidad y la justicia. Esto aparecerá en contraposición con la rudeza de la aritmética aplicando sólo la tabla de multiplicar, que parece ser para algunos obsecados el método único.

B) **El problema de los fundamentos en la teoría de la actualización o indexación.**

No se intentará en esta oportunidad un desarrollo extenso del aspecto enunciado; sería impropio. Sin embargo, es asunto medular, y en cierto modo es parte de la historia esbozada. Sin los fundamentos, ¿podría haberse llegado a la formulación positiva del tema?

He venido sosteniendo por escrito, desde hace más de 15 años, que es posible distinguir tres clases de fundamentos.

A) Los **generales**, que a su vez corresponden a valores jurídicos indeterminados, de aplicación a cualquier materia jurídica, no necesariamente a la que se está considerando aquí.

Se pueden mencionar como ejemplos la equidad, la justicia, la lógica, el orden público, y en particular el orden público económico, el enriquecimiento indebido o injusto, el abuso del derecho, la imprevisión, o excesiva onerosidad, y varios otros.

Este tipo de fundamento admite aplicación al problema de la corrección monetaria o indexación, tanto en los casos de estar dispuesto hacerlo así por el ordenamiento positivo respectivo, como cuando hay **laguna legal** en el sentido moderno que debemos entenderlo y que permite al intérprete e integrador de la ley adentrarse

en la investigación correctora del derecho, pudiendo llegar a decidir incluso **"contra legem"**.⁵

b) Los **específicos**, esto es, aquellos fundamentos que inducen a la corrección monetaria mediante aplicación de normas insertas en la materia respectiva. Así, como la indemnización ha de ser **completa**, sea que el ilícito tenga origen extracontractual o contractual, y eso en cualquier legislación, no podría dejarse de hacer corrección monetaria cuando el pago ha de hacerse con moneda desvalorizada.

Se acude, pues, a cada materia específica para encontrar allí el apoyo jurídico de la reajustabilidad, sin necesidad de contarse con un sistema general o completo que consagre la reajustabilidad. Naturalmente, es el método más simple y fácil, es el apego a la ley que gobierna directamente el caso, y es, también, un modo de empezar a reafirmar la evolución del problema. No deja de ser, con todo, un alejamiento respecto de una teoría general de la corrección monetaria, aspiración máxima de quienes venimos atendiendo al tema desde largo tiempo.

c) El fundamento asaz pertinente del **pago efectivo o solutio**. Por ningún motivo podría negarse fuerza a los fundamentos aludidos en los dos párrafos precedentes, ni a otros fundamentos no citados aquí nominativamente. Todos ellos aparecen de algún modo consagrados en la doctrina, en las leyes, y en las sentencias judiciales, y de estas últimas tanto las de derecho estricto como las arbitrales. Sería un grave error. Jamás sostendría semejante posición.

Con todo, la corrección monetaria en su aspecto jurídico, ha

(5) A diferencia de la estrechez tradicional para entender lo que es *laguna legal*, modernamente se admite que ésta se produce por 4 causas: a) Cuando la ley calla en absoluto; b) Cuando dos leyes se contradicen y ninguna de ellas tiene valor prevalente, por lo que, al igual que en la física, dos fuerzas contrarias e iguales se anulan; c) Cuando la ley establece sólo una orientación general, por ejemplo, cuando la ley dispone algo a través de valores indeterminados o en blanco, y ch) Cuando la norma que podría estimarse como rigiendo el caso se hace, sin embargo, inaplicable por las consecuencias perniciosas que ello acarrearía con efectos contrarios a las valoraciones fundamentales en que está inspirado el orden jurídico positivo. No hemos introducido, entonces, en la zona de la investigación correctora del Derecho. Materia con profundas raíces románicas y reanimada por conocidas escuelas de principios de siglo; sin embargo todavía merece reparos en los ortodoxos del tema de la interpretación e integración del derecho. Una breve síntesis sobre lagunas en *Francisco Bonet Ramón*, Compendio de Derecho Civil, T. I, pág. 183. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. De igual modo *Antonio Fernández Galiano*, Introducción a la Filosofía del Derecho, pág. 81, misma editorial. Madrid, 1967. Ya mucho antes el renombrado Tratado de Derecho Civil de *Enneccerus, Kipp y Wolf* venía divulgando la doctrina alemana en el mismo sentido moderno recién indicado. Tomo I, pág. 215 y sgts. Traducción al español. Bosch. Barcelona, 1947.

de buscar en definitiva un fundamento todavía más sólido, en lo posible incontestable, y, sobre todo, por esencia pertinente.

Si atendemos con la mayor simplicidad a la relación de obligación, con un deudor y un acreedor, más un nexo jurídico que los ata o liga, y que además esa relación nace y vive un tiempo para luego llegar al punto culminante de su existencia, nos toparemos justamente con el modo de extinguir por excelencia, el mayormente propio y perfecto: el pago **efectivo o solutio**.

Mediante aplicación de los **requisitos** del pago efectivo o solutio sabremos si la obligación, de cualquier especie que sea, ha merecido extinguirse por cumplimiento, o, en subsidio, si subsiste en todo o en parte.

De todos los requisitos del pago no podemos ocuparnos aquí. Sin embargo, se hará recuerdo de uno medular, que se enuncia de este modo: **"prestación de lo que se debe"**, o bien, **"requisitos objetivos del pago"**. Se trata, pues, de los elementos reales del pago.

Dicha "prestación de lo que se debe", feliz expresión del derecho romano recogida por muchos Códigos, comprende la forma, el tiempo y las circunstancias del pago, y admite el siguiente desglose:

a) **Exactitud de la prestación** (identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación); b), tiempo del pago); c), lugar del pago; ch) gastos del pago y d) ejecución de buena fe.⁶

El pago que se haga mediante dinero no reunirá el requisito de la **exactitud**, y más específicamente el de la **identidad**, el de la **integridad**, y el de la **indivisibilidad** involucrados en aquél, si se hiciera, en general, con moneda desvalorizada.

No cumpliéndose con tan importante requisito, el pago que se hiciera no es satisfactorio ni suficiente, y deberá completarse. Más todavía, no se habrá cumplido el efecto esencial que se persigue con el pago efectivo o solutio: la extinción de la obligación. **No habrá extinción.**

Un **hábito**, o una **rutina**, que indudablemente tiene fundamento, ha hecho que la operación destinada a que el pago sea exacto, idéntico, íntegro e indivisible, se realice mediante la **fijación de**

(6) Lo último desarrollado "in extenso" por mí en *"La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago"*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 55, Primera Parte, pág. 95. Santiago de Chile, 1958.

un precio de mercado a la moneda respectiva. Ese precio se fija respecto del momento inicial y en comparación con el momento final o de pago. El monto de ese precio se fija, en consecuencia, por el método comparativo: se comparan el poder adquisitivo de dicha moneda en relación con determinados bienes y servicios que suelen llamarse de uso o consumo necesario y habitual.

Fijado de este modo el poder adquisitivo de la moneda, se concluirá que ese poder subió o bajó, y en cada caso en una proporción dada respecto del tiempo intermedio entre el nacimiento y el pago de la obligación. Se hará, por tanto, reajuste o indexación de la moneda de pago conforme a esa variación así calculada.

He dicho anteriormente que esto se hace en virtud de un "hábito" o una "rutina". ¿Por qué?

Simplemente porque se cree que es la única forma de hacer exacto, idéntico, íntegro e indivisible el pago con dinero, y por lo mismo el método aparece como único y de aplicación para todos los casos, y en todo tiempo y lugar, cualesquiera que sean las circunstancias, y por supuesto que sin hacer distinciones. Ahí está el error, que es muy grave y que ahora intento realzar.

En economías estables, con inflación moderada y bajo control, y sobre todo tratándose de obligaciones a corto plazo, ese método recién señalado surtirá buen resultado. La operación de indexación coincidirá en el hecho con el requisito de ser el pago exacto, idéntico, íntegro e indivisible.

Pero habrá infinitos casos en los cuales ese método, que mide solamente la variación del precio o poder adquisitivo de la moneda, conforme a un determinado método, no dará por resultado un pago legal, esto es, exacto, idéntico, íntegro e indivisible. ¿Por qué?

Porque **muchos otros factores extrainflación**, de orden económico, social, político o internacional, y que convergen incontroladamente y en forma endemoniada, hacen que en ningún caso la indexación pueda cubrir verdaderamente los requisitos legales del pago.

La indexación, sabemos, se basa en un solo factor —singular— que es la desvalorización de la moneda calculada según precios comparativos, y la entidad, substancia, vigor y significado

real del pago que se hace es cosa muy diferente, por sobre todo al depender de múltiples factores complejos y distorsionadores de un simple cálculo singular.

Por consiguiente, se atenderá al problema de la desvalorización monetaria, y se cumplirá con los consabidos requisitos del pago mediante corrección monetaria, con resultados positivos, en los casos que hoy se producen en algunas naciones, casos que podríamos llamar simples y normales. En los demás se buscará satisfacer tales requisitos del pago mediante otro método, menos simple, que de un resultado satisfactorio.

Por lo mismo, el fundamento del pago efectivo o solutio y sus requisitos, es válido siempre, tanto para los casos normales y simples como para los otros que ya se han descrito.

Simultáneamente, la indexación absoluta no se aplicará siempre, o sin limitaciones o revisiones ulteriores, inflexiblemente.

C) **La actualización o indexación se aplica satisfactoriamente en caso de deudas a corto plazo, y, además, con inflación moderada o controlada.**

Por experiencias de largos años, que pueden recogerse en varios países, la indexación funciona bien, sin distorsiones, tratándose de **deudas a corto plazo**, entendiéndose por tales aquellas que no exceden de 1 año, a los sumo 2. Sobre pasados estos límites, un conjunto de concausas —económicas, sociales, políticas, internacionales—, suelen producir un efecto desequilibrante en la obligación actualizada, en forma de frustrarse de hecho el fin sano perseguido con la indexación.

Es realmente difícil que una deuda a tres o más años pueda actualizarse con acierto, tan solo aplicando con simplicidad un índice que representa el alza de precios al consumidor, calculada mes a mes, sobre la base de un conjunto de 300 o más artículos o servicios habituales, elementales, de necesidad, o un índice del valor de monedas extranjeras escogidas entre las más sólidas y estables, o aplicando la combinación de varios índices a la vez, o bien conforme a un determinado método que se elija con mayor o menor acierto.

De cualquier modo, la mayor extensión del tiempo del cumplimiento confabula contra el acierto práctico de la indexación.

Con causas de diverso orden, repito, terminan por distorsionar o frustrar el resultado que se perseguía.

Otro factor fundamental por considerar es el de la **inflación y sus características**. Si aquélla es moderada, y a la vez controlada, además de estimular favorablemente el crecimiento económico, permite aplicar correctamente la indexación, sin distorsiones, sin absurdos en el resultado.

A contrario sensu, si hay inestabilidad o descalabro económico, como se advierte en ciertos países conocidos, la deuda de dinero, aún la de corto plazo, no podrá indexarse razonablemente y con resultados satisfactorios.

Si la deuda, a mayor abundamiento, fuera además a largo plazo, por descontado que en tales condiciones de anormalidad el fracaso del sistema indexatorio será completo y espectacular. No porque el sistema sea malo o inconveniente, sino por causas de su entorno.

CH) **No se trata de la crisis de la actualización o indexación, sino que de aplicaciones negativas o frustradas, ajenas a la indexación misma.**

No faltarán los lanzadores de dardos contra el sistema de indexación o actualización de las obligaciones que se cumplen a plazo, con dinero, quienes sostendrán que es un sistema erróneo, inconveniente, que causa daños, y por tanto debe eliminarse.

No es así, pues el sistema tiene suficientes fundamentos válidos, ya admitidos universalmente, desde hace decenios, y que por conocidos se callan. Así se evitarán repeticiones.

Ocurre que la economía ha cargado sobre los hombros del Derecho uno de los problemas más arduos: regular metódicamente el pago de obligaciones de pago diferido, con moneda de valor inestable, generalmente concurriendo desvalorización constante, y a veces progresiva y galopante.

La **inflación**, o la **hiperinflación**, es una causa económica singular y más bien inmediata. Sin embargo, contribuyen a la complicación del problema **otros factores más**, que a su vez constituyen nuevos problemas, generalmente conectados entre sí. La recesión tanto nacional como internacional; el desempleo excesivo, el endeudamiento hiperbólico del Estado, a veces hasta por razones de

armamentismo, como también el endeudamiento sobredimensionado y temerario del sector privado; la fijación de aranceles de aduanas, que en ocasiones causan daño por altos y otras veces por bajos; la crisis de mercado de ciertos productos de exportación; el crecimiento desenfrenado del circulante monetario; el alza del precio del petróleo con efectos en naciones que carecen de esta riqueza natural, el terrorismo, la destrucción de ciudades mediante la violencias u otros desórdenes semejantes, y aún la guerra, etc., etc.

En tales circunstancias se pierde lo que se ha dado en llamar la **estabilidad económica**, que es precisamente uno de los caminos para lograr el ansiado crecimiento económico de las naciones.

Una situación económica desastrosa, de franca ruina, se advierte en el mundo acentuadamente en no menos de una veintena de países. En medio de ese verdadero descalabro, la solución que puede dar el Derecho en la materia que tratamos se hace francamente imposible; al menos a priori, por vía de Ley rígida, sin que fuera por vía de arbitrio judicial, con normas legales mínimas.

Es ingenuo, pues, creer que para contrarrestar el efecto práctico de la inflación, bastará con actualizar el valor de la moneda de pago, como si estuviéramos frente a un problema singular, el de la inflación. Acto seguido, se vuelve a creer, nuevamente con ingenuidad, que pagando con moneda reajustada o actualizada, con aplicación aritmética de algún índice, se está pagando en forma íntegra y exacta, según las reglas universales del pago.

Concurriendo aquel cúmulo de causas o factores, que distorsionan por completo el valor y significación del pago —no digo de la moneda sino que del **pago**—, la indexación o reajustabilidad no constituye necesariamente solución positiva. La experiencia en muchas naciones nos demuestran, por el contrario, que exigir un pago con indexación y en medio de las circunstancias económicas, sociales e internacionales que se han recordado, conduce a resultados justamente negativos y desastrosos.

Siendo la moneda un bien como otro cualquiera —aunque de características peculiares— su apreciación (o precio) no se podría hacer depender sólo de índices de variación de los precios de bienes o servicios de consumo habitual, o de otros índices o parámetros destinados diariamente a la pretendida actualización del valor de la moneda. En algunos casos se logrará el acierto esperado, y en otros decididamente nó.

Por eso mismo, reitero, una cosa es el valor actualizado de la moneda de pago, calculado mediante una operación singular, y otra diferente el valor, significado y exactitud del pago que se hace con moneda actualizada. Ambas cosas pueden llegar a ser en el hecho coincidentes; pero no necesariamente.

Las distorsiones y desastres de la indexación se han producido precisamente porque la moneda de valor actualizado, que se usa para pagar, no representa necesariamente un pago ciertamente exacto e íntegro, y por lo mismo no cumple debidamente la función del pago; consecuentemente, el sistema indexatorio falla.

Repito, es que no juega solamente el precio del bien llamado dinero frente al precio de otros bienes usados como índices, sino que un cúmulo de factores o coyunturas, de gran complejidad, sobre todo incontrolables, que alteran el razonamiento simple de fijar precio o valor a la moneda mediante mera comparación con el precio o valor que adquieren otros bienes.

Por eso mismo, repito: no se trata de la crisis de la indexación o actualización, sino que de aplicaciones negativas o frustradas, ajenas a la indexación misma.

D) **El conocido juego ilícito del endeudamiento deliberado, excesivo, frustrante y caótico. Se afecta el orden público económico de la nación correspondiente.**

No podría pensarse -tal vez hasta con cierta ingenuidad- que el estado de cosas que se ha producido, en numerosos países, con motivo de la corrección monetaria, es consecuencia exclusiva de factores extraordinarios, imprevisibles, con causas económicas múltiples y en cadena que obran nefastamente.

Hay, innegablemente, una intención **común y manifiesta de los interesados** de entrar en el negocio de préstamo, o en el de adquirir bienes para pagarlos a plazo, según diseños deslumbrantes que presenta en apariencias el mercado en un momento determinado, y que, según los planes, se orientan favorablemente hacia pingües utilidades, tanto para el deudor como para el acreedor. Sin embargo, las condiciones estipuladas, desde la partida, significan grandes sacrificios para el deudor que ha de cumplir, como, asimismo, reportan beneficios excepcionales para el acreedor; en ambos casos apreciando la materia en forma absolutamente objetiva.

El **deudor**, para tal efecto, va inducido por perspectivas de grandes utilidades, en mercado esplendoroso (a veces ilusionando ganancias, al menos por un pago con moneda desvalorizada). El **acreedor**, indudablemente va impulsado por un agio indisimulado; como que a los lugares en referencia acuden a instalarse Bancos e inversionistas venidos de los países más desarrollados, en donde jamás lograrían tales ventajas presupuestadas.

Se trata, entonces, de lo que se ha dado en llamar **culpas concurrentes**, al concertarse préstamos, o cualquiera otra operación de crédito. Ambos, deudor y acreedor han obrado con un móvil reprochable. Más todavía, con el agravante de producir en el hecho un efecto nefasto y masivo que afecta el **orden público económico de la nación** correspondiente. De esto último nace para ambos protagonistas una gravísima responsabilidad, y más concretamente, se justifica el término de la protección del Estado y de la ley para evitar o paliar un daño, en un principio del acreedor, más tarde del deudor.

Ante un resultado como el que todos conocemos, y siendo ambas partes culpables, —a lo mejor en grado de dolo—, la solución última del **arbitrio judicial** para modificar el monto del capital adeudado, y los intereses y multas estipulados, aparece reforzada con argumentos de indudable peso, como acaba de explicarse.

E) **El resultado sistemático de desastre y caos conduce a dos conclusiones: la indexación se aplica erróneamente y la ilicitud queda configurada, con todas sus consecuencias.**

Simultáneamente, puede hacerse el siguiente raciocinio que se conforma con la más elemental lógica y a la vez con principios jurídicos inobjetables. Si aplicando rigurosa y sistemáticamente fórmulas legales o voluntarias de indexación, se llega, también rigurosa y sistemáticamente, (en un 80% de los casos o más) al absurdo de cumplimientos convertidos en imposibles, o a la quiebra o concurso del deudor, además que a desastres en cadena como consecuencia fatal de tal fenómeno masivo, con grave afectación del orden público económico, quiere decir que **dichas fórmulas no son acertadas, ni lícitas, ni, por tanto, ajustadas a derecho**. Quiere decir, también, que esas fórmulas no han de aplicarse, o bien, subsidiariamente, han de aplicarse morigeradamente, con flexibilidad necesaria, con revisión de la fórmula que se ha dado, entrando en juego, en último término, el arbitrio judicial, como ya se adelantó.

F) **Algo sobre la corrección monetaria y su repercusión registral.**

1) Si el pago que se hace previa corrección monetaria o indexación no constituye sino "la prestación de lo que se debe", o sea, simplemente es un modo de expresar exactamente lo mismo que se debe, no cabe la menor duda que la hipoteca constituida al originarse la obligación responderá igualmente de la suma que resulte una vez practicada la operación de reajustabilidad correspondiente. Es lo que pienso considerando el contenido y significado de la indexación, que no constituye de modo alguno alteración de lo debido; es, repito, "la prestación de lo que se debe", lo mismo que se debe.

2) Ahora bien, si consideráramos la materia como una **obligación indeterminada en cuanto a su monto**, si bien determinable en su día, nos encontraríamos con dos corrientes opuestas: una que consagra el **principio de la especialidad de la hipoteca** en cuanto a las obligaciones que ella garantiza, y que está acogido por el art. 2132 del Código Civil francés,⁷ y demás Códigos que le siguieron al respecto, y otra que, por el contrario, admite la validez de la hipoteca aun cuando las obligaciones garantizadas sean indeterminadas en cuanto a su monto, según está admitido por el Código civil chileno y por otros que le tuvieron por fuente.

Este Código, fuera de no contemplar una disposición expresa del principio afirmativo, como el citado art. 2132 del Código civil francés, contiene un conjunto armónico de disposiciones que autorizan a pensar sin la menor vacilación en la forma recién señalada.

a) El **art. 2427**, en el Título específico de la hipoteca, admite la hipótesis de una hipoteca "ilíquida, condicional o indeterminada".

b) El **art. 376**, del mismo Código, permite que la fianza a que se obliga al guardador pueda substituirse por una "hipoteca suficiente". Por descontado que esa hipoteca en este caso es fundamentalmente eventual, pues lo normal es que el guardador no ha de resultar responsable en el ejercicio de su cargo, y, excepcionalmente, lo será por una cantidad de dinero esencialmente variable y regulable en su día, lo que hace que la obligación hipotecaria sea esencialmente indeterminada.

(7) "La hipoteca convencional no es válida sino en tanto que la suma por la cual ha sido consentida es cierta y determinada en el contrato".

c) El **art. 155** autoriza al marido para oponerse a la demanda judicial de separación de bienes intentada por su mujer por la causal "mal estado de los negocios del marido", y éste puede ofrecer para tal efecto "hipoteca que asegure suficientemente los intereses de la mujer". ¿Qué mayor indeterminación del monto de la obligación hipotecaria?

ch) El **art. 2427** supone indeterminación desde el momento que establece que "la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que aquí se exprese inequívocamente". La posibilidad de limitarse involucra la indeterminación originaria.

d) Finalmente, el **art. 81** del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, al enumerar los requisitos que debe contener la inscripción hipotecaria, se refiere a la suma de la obligación, "en el caso de haberse limitado a determinada cantidad", lo que está indicando a las claras que es posible la indeterminación de dicha suma.

Luego, si la obligación sujeta a indexación la tomáramos como obligación indeterminada, y sólo determinable en su día, el Código Civil chileno, y aquellos que le siguieron al respecto, nos resuelven la admisibilidad y la validez de la hipoteca por la cantidad indexada.

3) Otro problema que no podría dejarse de citar es el que plantea el **art. 2431 del Código Civil chileno**, que contiene una limitación "del importe conocido o presunto de la obligación principal".⁸

Cuando la citada disposición establece que la hipoteca "no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado", nos enfrenta a dos posibles situaciones, al menos en el régimen legal chileno:

3-1) Que por efectos de la corrección monetaria o indexación, la cantidad de moneda que se paga supere el consabido duplo de la obligación originaria. En tal caso, la objeción será más bien aparente, pues la obligación no ha sufrido alteración substancial,

(8) Establece el art. 2431: "La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda".

es la misma "prestación de lo que se debe", según ya se expresó anteriormente, dándose una razón muy simple.

3-2) Que, al margen del problema de corrección monetaria, la obligación originaria crezca por encima del mismo duplo por haberse pactado una "**cláusula de garantía general**", que tiene por virtud, como sabemos, garantizar con una misma hipoteca cuantas obligaciones se vayan contrayendo en el tiempo entre los mismos deudor y acreedor de la obligación principal y sin que sea necesario modificar la inscripción hipotecaria respectiva, que ya contiene tal modalidad.⁹

Si por la concurrencia de varias obligaciones acumuladas en virtud de tal pacto, se produjera un exceso en relación con el duplo limitativo del monto, el deudor puede solicitar en cualquier momento que se reduzca la hipoteca al duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal a esa fecha. Se ha resuelto y admitido pacíficamente, que este derecho conferido por el señalado art. 2431 puede ejercerlo sólo el **deudor**, no los demás acreedores de grado posterior, que concurren sobre el mismo inmueble, si los hubiere. La publicidad registral de esta última operación es motivo de una nueva inscripción que deberá practicarse.

4) **Finalmente**, no podría olvidarse la hipótesis (corriente en varios países de "hiperinflación") de un crédito hipotecario, incluso de primer grado, que en la ejecución respectiva supere en mucho el valor de subasta del inmueble hipotecado y, por tanto, la garantía hipotecaria se haya hecho insuficiente, acaso no irrisoria.

Por sabido que en el exceso insatisfecho, el crédito prosigue, pero en calidad de común, valista o quirografario. En el hecho, y dadas las circunstancias que de seguro concurrirán, sin valor práctico alguno.

Con todo, a mi juicio queda el derecho de los demás acreedores hipotecarios sobre el mismo inmueble para demandar judicialmente la revisión de la indexación practicada al liquidarse el crédito en referencia, aduciendo **indexación errónea, ilícita y contraria al orden público económico de la nación**. No me cabe duda de la resistencia que despertará esta tesis; pero a la vez, anticipo

(9) Debo señalar que en el sistema legal chileno la hipoteca con *cláusula de garantía general* es válida. Luego de algunas vacilaciones, se admitió en definitiva por la doctrina y la jurisprudencia, y por el uso diario, abundante y pacífico, que tal modalidad era válida ante el ordenamiento chileno. No es el momento de ahondar sobre la materia.

que estoy muy convencido de ella y que se conforma con lo sostenido razonablemente en el presente trabajo.

G) En cuanto a conclusiones.

a) La actualización o indexación de la moneda de pago ha llegado a su **consagración universal** luego de transcurrir períodos de pasividad, o de vacilaciones, o bien de intentos respecto de áreas de obligaciones. Por consiguiente, debe recomendarse a todas las naciones que no hayan adoptado el sistema todavía.

b) La operación de reajustabilidad logra éxito pleno y satisface aspiraciones legítimas en las economías estables y con inflación moderada y bajo control, y, además, siempre que el plazo para el pago de dinero no exceda de 1 a 2 años. Si los supuestos que se han señalado no concurrieren, la actualización o indexación generalmente no responde a sus fines propios y los resultados son negativos, a aun caóticos, según se aprecia actualmente con absoluta objetividad en varias naciones.

c) Los **fundamentos** de una teoría de la corrección monetaria o indexación son múltiples, y particularmente convergentes y coadyuvantes. Pero, por encima de algunos que constituyen a la vez importantes valores indeterminados o standards jurídicos, aquí se propone que el fundamento central y prevalente ha de ser el **pago efectivo o solutio**, especialmente a través de uno de sus requisitos, el elemento real constituido por "la prestación de lo que se debe" y los factores que de él se desprenden.

ch) Metodológicamente, es posible fijar al dinero un precio o valor adquisitivo actuales mediante comparación con precios de cosas o servicios esenciales, según viene aplicándose desde hace tiempo en muchas naciones; pero ese dato así logrado puede distar mucho de la verdad si se introduce otro concepto, a mi juicio prevalente, o al menos complementario: **la fuerza objetiva o sacrificio necesarios para consumir la acción de pagar, y, recíprocamente, el interés y necesidad de recibir satisfactoriamente en el momento oportuno**. Este nuevo concepto que han de considerar los juristas, se compone lamentablemente de múltiples ingredientes vinculados al sistema económico en aplicación, a la política monetaria adoptada, a la teoría del dinero en general, y a las tantas proposiciones y frustraciones a que nos tienen acostumbrados la economía y los economistas, ensayistas por excelencia, ciertamente con influencia decisoria en las esferas gubernamentales de todas las naciones.

¿Escasea el dinero circulante o bien abunda sostenidamente? ¿Es difícil y caro obtener aún a cambio de tasas de interés jamás antes escuchadas? La deuda interna y la deuda externa, sea pública o privada, ¿han sobrepasado los límites de tolerancia? ¿Es muy grande el endeudamiento exterior de la nación por razón de armamentismo, y siendo que el gasto anual en el mundo entero totaliza 550.000 millones de dólares americanos, constituyendo a mayor abundamiento un factor de podredumbre y una ofensa a la moral? ¿Cómo funciona la paridad de la moneda nacional con monedas extranjeras? ¿Cómo funciona la balanza de pagos? ¿Qué piensa y qué "ordenará" cualquier día el Fondo Monetario Internacional? ¿Existe una política intervencionista de control estatal de precios de artículos o mercaderías esenciales, o bien rige la libertad de precios? ¿De qué modo tiene o tendría el dinero un valor de cambio "per sé", con prescindencia de su precio comparativo habitual?

El dinero, insisto, está permanentemente expuesto a influencias de toda especie, y padece normalmente contingencias, vicisitudes, sorpresas y ataques frontales, marcadamente en los últimos tiempos. Diríase que es la mercadería más compleja, oscilante, inestable, esquiva y veleidosa, y es la menos apta para hacer sobre ella siquiera un pronóstico aproximado sobre el valor real al día de hoy o hacia el futuro.

Por eso mismo que el dinero, a la hora del pago, no puede valer SOLO según comparación simple con el precio de cosas o servicios, conforme al método en boga. En muchísimos casos esto resultaría ciertamente incompleto o arbitrario.

Todo ello me ha hecho pensar en que debe complementarse el concepto en uso, "PODER ADQUISITIVO DE LA MONEDA DE PAGO", con este otro más realista: "VALOR EXACTO DEL DINERO EN EL MERCADO, SEGUN FUERZA OBJETIVA Y SACRIFICIO NECESARIOS PARA PAGAR, Y EL INTERES Y NECESIDAD QUE REPRESENTA PARA LOS ACREEDORES EL PAGO SATISFACTORIO Y PUNTUAL".

d) El Derecho estima inadmisibles los resultados absurdos y a la vez injustos, como los que se advierten al aplicar a ultranza índices o fórmulas de indexación frustrantes, provengan de pactos o directamente de leyes. El lanzarse contra los molinos de viento, con la casi seguridad de perecer, sólo estuvo en la imaginación de Cervantes, a través de su personaje El Quijote, y para

el solo deleite de lectores. El Derecho no puede dar, propiciar o tolerar resultados absurdos que se producen masiva y previsiblemente. Por lo mismo, debe orientar las soluciones en forma de impedir o poner término a tales efectos.

e) Si se ha producido en el hecho el fenómeno de un reajuste excesivo, y, simultáneamente, si se ha constituido garantía real, y ésta ha perdido considerablemente su valor necesario, es razonable declarar que **la indexación es errónea en la forma practicada**, y que, además, se ha convertido en ilícita en tales casos extremos, funestos, de ruina o quiebra, de imposibilidad de ejecución, con toda la serie de consecuencias de orden público económico que se derivan, siempre en cadena.

f) Hecha tal declaración de error e ilicitud, procede la revisión del pacto, o de los efectos producidos por aplicación literal de la ley, mediante **arbitrio judicial**, con el fundamento o fundamentos que se hayan citado en las leyes o en la doctrina; pero destacando por sobre todos ellos la equidad y la justicia, como generales, y la exacta prestación de lo que se debe, como específico. Para este efecto se puede proceder aun "**contra legem**", como lo he sostenido, en general, en mi libro "Interpretación y Juez" (Santiago de Chile, 1976).

g) Lamentablemente, buena parte de los efectos desastrosos que se han producido indexando, son causados por la voluntad del acreedor y del deudor, que han contratado buscando culpable o dolosamente ventajas excesivas, en un juego **francamente ilícito**. Más grave resulta todavía la afectación que con su conducta han producido al **orden público económico**. Todo ello no les permite esperar protección jurídica alguna.

h) En las naciones en que impera la inflación moderada, y aun la hiperinflación, debe legislarse de un **modo general** sobre el pago con moneda desvalorizada, abandonándose el sistema de normatividad por áreas o sectores de obligaciones, o bien, terminando con el recurso extremo de dejarlo todo a la decisión del juez en ausencia de norma. Allí también se contemplará la hipótesis de los excesos que se producen excepcionalmente con la corrección monetaria.

i) Mi posición de abierto partidario del sistema de actualizar o indexar las obligaciones pagaderas a plazo con dinero se mantiene incólume, reafirmando una vez más lo expresado aquí y en trabajos míos que empiezan a publicarse persistentemente al em-

pezar la década de los años 50. De igual modo, reitero que en mi libro "Corrección Monetaria y pago legal" (Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1977) ya contemplaba la hipótesis que en esta ocasión despierta el mayor interés y una cierta desorientación y que en aquel trabajo constituyó un capítulo especial con el siguiente nombre: "Exceso de la corrección monetaria. Remedios y Fundamentos" (págs. 103 y sgts.).

g) La repercusión registral de la actualización o indexación no ha creado problemas especiales en Chile, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países. De todos modos, en el cuerpo de este trabajo se hicieron algunas puntualizaciones.