

EL CONTRATO DE FIANZA¹

1.-) Concepto.

El artículo 2335 define la fianza como *una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.*

Agrega el precepto que la fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

Cabe precisar que la fianza, antes que una “*obligación accesoria*”, es un *contrato accesorio*, cuyas partes son el acreedor y el fiador (y no el deudor de la obligación principal, por ende). Aún más, debemos agregar que la fianza *siempre* es un contrato, a pesar de que el artículo 2336 diga que sólo la fianza convencional se constituya por contrato. En verdad, tanto la fianza legal como la judicial (y por cierto la convencional) se constituyen por contrato, sin perjuicio que el *origen* de la obligación de procurarse un fiador sea la convención, la ley o una resolución judicial.

El concepto legal subraya cual es el efecto propio del contrato: la necesidad en que se pone el fiador de cumplir con una obligación principal total o parcialmente, en subsidio del deudor principal.

2.-) Características del contrato de fianza.

a) *Contrato consensual, por regla general.*

El contrato de fianza se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades, por regla general. Lo anterior, sin perjuicio de las limitaciones a la prueba de testigos contenidas en los artículos 1708 y siguientes del CC.

Excepcionalmente, la fianza es solemne, en los siguientes casos:

- La fianza que debe rendir el guardador, para ejercer su cargo: los artículos 854 y 855 del Código de Procedimiento Civil exigen otorgar escritura pública;
- La fianza mercantil debe otorgarse por escrito;
- En materia penal, la fianza que se rinde para la libertad provisional de un procesado, debe constituirse por escritura pública o por un acta firmada ante el juez por el procesado y el fiador.

b) *Contrato unilateral.*

La única parte obligada es el fiador, quien se obliga para con el acreedor a cumplir con la obligación principal, en subsidio o en el evento de que el deudor principal no la cumpla.

¹ Fecha de última modificación: 13 de febrero de 2012.

c) *Contrato gratuito.*

El contrato de fianza sólo busca la utilidad de una de las partes, el acreedor, siendo el fiador el único que sufre un gravamen.

Se dice por Somarriva que la gratuitad es de la esencia de este contrato, incluso en el caso en que el fiador pacte con el deudor principal que el segundo pague al primero una remuneración o emolumento por el servicio prestado. En efecto, en este caso la fianza no pierde el carácter de contrato gratuito, puesto que en el pacto mencionado no interviene el acreedor, quien es parte sólo en el contrato de fianza, y no en la convención que vincula al deudor principal y al fiador. En este sentido, se razona, no debemos olvidar que el artículo 1440, al definir el contrato oneroso, exige que cada parte se grave a favor de la otra, lo que no ocurre si es un tercero ajeno al contrato quien se obliga a pagar una remuneración al fiador. López Santa María discrepa de la conclusión de Somarriva, poniendo el énfasis del contrato oneroso en la utilidad que obtengan ambos contratantes, aunque uno de ellos se beneficie por la prestación de un tercero y no de su contraparte.

Podría sostenerse que la fianza sería un contrato bilateral y además oneroso, cuando es el acreedor y no el deudor principal quien remunera al fiador por sus servicios, pero en verdad, opina Somarriva, en este caso no estaríamos frente a una fianza, sino más bien ante un contrato innombrado muy semejante al contrato de seguro, en el cual la prima sería la remuneración y el riesgo el no cumplimiento por parte del deudor.

A pesar de su carácter gratuito, la fianza no constituye donación, como lo deja en claro el artículo 1397.

Pero no obstante tratarse de un contrato gratuito, el artículo 2351 establece que el fiador responde de culpa leve y no sólo de culpa lata, como sería normal considerando que el contrato no le reporta beneficio alguno.

d) *Contrato accesorio.*

La finalidad de la fianza es procurar al acreedor una garantía, lo que obviamente supone la existencia de una obligación principal. Así, la suerte de la fianza estará absolutamente vinculada a la suerte de la obligación principal.

Pueden señalarse las siguientes consecuencias de la accesoriiedad de la fianza:

- Extinguida la obligación principal, se extingue también la fianza.
Así, si la obligación principal fuere nula, también lo será la obligación accesoria. Excepcionalmente, no ocurrirá lo anterior cuando la obligación principal es nula por incapacidad relativa del deudor principal, porque el fiador no puede oponer al acreedor las excepciones personales de que goza el deudor principal, entre las que se encuentra la incapacidad de obligarse.
- El fiador tiene la facultad para oponer al acreedor todas las excepciones que deriven de la obligación principal (artículo 2354): en otras palabras, lo que puede oponer el fiador al acreedor son las excepciones reales, pero no las personales del deudor.
- La obligación del fiador no puede ser más gravosa que la obligación principal (artículo 2344): lo que sí puede ocurrir es que el fiador se obligue por menos, no sólo respecto a la cuantía de la obligación, sino también en cuanto al tiempo, lugar, modalidades de pago, cláusula penal, etc:

1º En cuanto al tiempo: el fiador se obligaría en términos menos gravosos que el deudor principal, cuando dicha obligación sea pura y simple, mientras que la obligación del fiador estuviere sujeta a un plazo; también puede ocurrir que ambas obligaciones sean puras y simples o estén sujetas a idéntico plazo; lo que no podría ocurrir, es que la obligación del deudor principal estuviere sujeta a un plazo para su exigibilidad y la del fiador fuere pura y simple.

2º En cuanto al lugar: infringiría el artículo 2344 aquella estipulación en virtud de la cual el fiador esté obligado a pagar en el domicilio del acreedor, mientras que el deudor principal sólo esté obligado a pagar en su propio domicilio. Tal hipótesis, supondría una obligación más gravosa para el fiador.

3º En cuanto a la condición: sería más gravosa para el fiador la obligación, si la obligación del deudor principal esta sujeta a una condición suspensiva, mientras que la obligación del fiador es pura y simple y por ende su cumplimiento se puede exigir de inmediato por el acreedor.

4º En cuanto a la forma de pago: la obligación del fiador sería más gravosa si está obligado a pagar en dinero efectivo o con un determinado tipo de moneda, mientras que el deudor principal no tiene dicha limitación.

5º En cuanto a la pena: en dos casos sería más gravosa la obligación del fiador:

5.1. si el fiador se sujeta a una pena para el cumplimiento de su obligación, pero dicha pena no afecta al deudor principal;

5.2. cuando ambos deudores, principal y fiador, se sujetan a una pena, pero la del fiador es más grave.

En todos los casos en que la obligación del fiador sea más gravosa que la obligación principal, la sanción correspondiente será la reducción de la fianza a los mismos términos que la obligación principal.

Nada impide, en todo caso, que el fiador se oblige en términos más eficaces que el deudor principal, cuando se constituye por ejemplo una fianza hipotecaria (o sea, una fianza y una hipoteca), aunque la obligación principal no la tenga .

e) *Contrato patrimonial.*

Se consagra este carácter (innecesariamente y por razones históricas, como apunta Somarriva), en el artículo 2352, al decir que los derechos y las obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos.

f) *No es un contrato condicional.*

Podría creerse que la fianza es condicional, y que la condición consiste en que el deudor no cumpla con lo pactado. Sin embargo, el fiador contrae su obligación directa e inmediatamente, de manera que nos encontramos ante un contrato puro y simple. Con todo, nada impide estipular una modalidad, como un plazo o una condición que afecten la exigibilidad, nacimiento o extinción de la fianza, pues todos los actos patrimoniales aceptan modalidades (artículo 2340). Además, cada vez que la obligación principal esté sujeta a modalidades, la fianza también lo estará.

3.- La subfianza.

El inciso 2º del artículo 2335 permite afianzar al que a su vez constituyó una fianza. Se trata de un subcontrato, y como tal, el subfiador se somete a las mismas reglas que el fiador.

La particularidad de este subcontrato, que lo distingue de los demás que pertenecen a igual categoría contractual, es que extinguida la fianza por confusión de las calidades de deudor y fiador, persistirá sin embargo la subfianza (art. 2383), lo que se justifica porque la subfianza beneficia al acreedor, y el crédito aún no se ha extinguido, sin perjuicio que ahora, en lugar de tres personas obligadas (deudor, fiador y subfiador), sólo hay dos (deudor y subfiador).

4.- Clases de fianza.

a) Fianza convencional, legal o judicial.

Esta clasificación no está referida al origen de la obligación del fiador, ya que ella siempre es convencional, sino más bien al origen de la obligación del deudor principal de rendir fianza.

La fianza legal, es aquella impuesta por el legislador, como por ejemplo en los casos siguientes:

- El caso de los poseedores provisorios, en el marco de la muerte presunta (artículo 89);
- El caso de los guardadores, que deben rendir fianza, previa al discernimiento de la guarda (artículo 374);
- El caso de los usufructuarios que deben rendir caución para tener la cosa fructuaria (art 775).

La fianza judicial es decretada por el juez, pero éste sólo puede ordenar su constitución cuando una norma legal lo permita; por ejemplo:

- Tratándose del fiduciario, a quien el juez ordena prestar caución de conservación y restitución, cuando el fideicomisario impetró una medida conservativa (artículo 755);
- Tratándose del dueño de una obra ruinosa, cuando se le ordena rendir caución de resarcir todo perjuicio que sobrevenga por el mal estado del edificio, y siempre que el daño que se teme no fuere grave, pues en caso contrario se ordenará la demolición, no bastando con la caución (artículo 932);
- Tratándose de aquellos que deban pagar especies legadas, el albacea podrá exigirles que rindan caución (artículo 1292);
- Tratándose de la fianza que eventualmente se le puede exigir al albacea fiduciario (artículo 1315).

En todo caso, las fianzas legales y judiciales se rigen por las mismas reglas de la fianza convencional, con las siguientes diferencias:

- Las fianzas legales y judiciales pueden sustituirse por una caución real, lo que no es posible en la fianza convencional, pues en el último caso rige la ley del contrato, que impide sustituir la garantía sin la anuencia del acreedor (artículo 2337);
- Tratándose de la fianza judicial, no se puede oponer el beneficio de excusión (artículo 2358 Nº 4).

b) Fianza personal, hipotecaria o prendaria.

Mediante la fianza personal, el fiador obliga todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal. En la fianza hipotecaria o prendaria, además de obligar todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal, el fiador constituye una hipoteca o una prenda en favor del acreedor, casos en los cuales se constituirá simultáneamente una garantía personal y otra real, por la misma persona. El artículo 2344 deja en claro que si bien el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, sí puede obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo con una hipoteca.

En la fianza personal, llamada también simple, el acreedor goza de dos acciones personales:

- la primera acción, en contra del deudor principal;
- la segunda acción, en contra del fiador.

En el caso de las fianzas prendarias e hipotecarias, se agrega una tercera acción, de carácter real y además preferente, cuales son precisamente la acción prendaria o hipotecaria. Si el acreedor ejerce una de estas acciones reales, se producen las siguientes consecuencias:

- el fiador no puede oponer el beneficio de excusión;
- el fiador tampoco puede oponer el beneficio de división, pues tanto la prenda como la hipoteca son indivisibles.

c) Fianza limitada e ilimitada.

La fianza será limitada, cada vez que en el contrato de fianza se determine con precisión a qué está obligado el fiador o cada vez que se limite la fianza a una determinada cantidad de dinero.

La fianza será ilimitada cuando se extienda a todo cuanto asciende la obligación principal con sus intereses y costas. En este caso, la fianza en verdad también estará limitada en último término, al monto de la obligación principal (artículo 2347).

d) Fianza simple y solidaria.

Fianza simple es aquella que confiere al fiador los beneficios de excusión y de división, a los que nos referiremos más adelante.

En cambio, en la fianza solidaria, el fiador queda privado del beneficio de excusión, y si son varios los fiadores solidarios, quedan privados del beneficio de división. La fianza solidaria presenta la particularidad de ser una caución en la cual se combinan las dos cauciones personales más importantes, como son la fianza y la solidaridad pasiva (artículos 1522 y 2372).

5.- Requisitos del contrato de fianza.

a) Consentimiento de las partes.

El contrato de fianza es consensual, de manera que se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador. Pero el artículo 2347 dispone que la fianza

no se presume, expresiones que se han interpretado en el sentido que la voluntad del fiador debe manifestarse expresamente, excluyéndose una manifestación tácita de voluntad. No acontece lo mismo respecto del acreedor, pues respecto a éste, rigen las reglas generales relativas a la manifestación de voluntad, admitiéndose una manifestación expresa o tácita. La diferencia entre el fiador y el acreedor, se explica porque la fianza es una carga para el primero y un beneficio para el segundo. Por ello, la ley adopta mayores precauciones tratándose de la manifestación de voluntad del fiador.

Cabe subrayar que para nada interviene la voluntad del deudor principal, al perfeccionarse el contrato de fianza. Aun más, el artículo 2345 dispone que “*Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor*”. Si el deudor principal solicitó al fiador que asumiera tal condición, hay un mandato entre ellos. Si el deudor no supo que el fiador asumía tal condición, estamos ante una agencia oficiosa. Cualquiera de estas hipótesis, sirve de fundamento a la acción de reembolso del fiador contra el deudor principal, según veremos (con la diferencia que en el primer caso, además del reembolso de lo pagado, el fiador-mandatario, eventualmente, podrá exigir e pago de su remuneración, a menos que se hubiere pactado la gratuitad).

b) Capacidad del fiador.

De conformidad al artículo 2350, el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal. El artículo 2342 se refiere a la capacidad del fiador. Dicho artículo debemos relacionarlo con el artículo 404. Distinguimos al efecto diversas situaciones:

b.1) Fianza del sometido a curaduría.

Conforme al artículo 404, para que el pupilo pueda obligarse como fiador, se requiere:

- decreto judicial que lo autorice;
- que la fianza se constituya a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente (vale decir, que uno de éstos sean el deudor principal);
- que la fianza tenga una causa urgente y grave.

b.2) Fianza del menor no emancipado.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 260, los contratos del hijo no autorizados por el padre o la madre que lo tenga bajo su patria potestad, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial. Si el menor carece de tal patrimonio, el contrato adolecerá de nulidad relativa, conforme a las reglas generales.

b.3) Fianza otorgada por el marido, habiendo régimen de sociedad conyugal.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1749, si el marido se constituye en fiador, sólo obligará sus bienes propios. Para obligar los bienes sociales y los bienes propios de la mujer, se requiere que ésta autorice el otorgamiento de la fianza. Respecto de la sociedad conyugal y la mujer, entonces, la fianza será inoponible, si el marido la constituye sin la autorización de su cónyuge.

b.4) Fianza otorgada por cualquiera de los cónyuges, habiendo régimen de participación en los gananciales.

Dispone el artículo 1792-3, que ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales sin el consentimiento del otro cónyuge. Si cualquiera de ellos otorgare por ende una fianza sin la autorización del otro, previene el artículo 1792-4 que el contrato de fianza adolecerá de nulidad relativa. El cuadriénio para impetrar la nulidad se contará desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto.

Observamos dos diferencias en la regulación legal, según se trate de sociedad conyugal y participación en los gananciales:

- en la primera, la sanción es la inoponibilidad; en la segunda, la nulidad relativa;
- en la primera, la limitación pesa sobre el marido; en la segunda, sobre ambos cónyuges.

La razón por la cual la ley es más drástica en el caso de participación en los gananciales, debemos buscarla en impedir que se abulte el pasivo de cualquiera de los cónyuges mediante deudas indirectas, de manera que al finalizar el régimen, se alegue por el deudor ser un cónyuge “*pobre*” y por tanto sustraerse al pago del crédito de participación en los gananciales.

c) *Objeto de la fianza.*

El objeto de la obligación del fiador consiste siempre en pagar una cantidad de dinero (artículo 2343, inciso 4º). Por lo tanto, si la obligación del que garantiza el pago de una deuda consiste en entregar una especie o cuerpo cierto, u otras cosas fungibles que no sean dinero, estaremos ante un contrato innominado, más no ante una fianza.

Cuando se afianza una obligación de dar, el fiador responderá pagando la suma de dinero a que asciende la obligación principal, o una menor si la fianza se hubiere limitado (pero no se obligará a una suma mayor, según se indicó). Cuando se afianzan obligaciones de hacer o de no hacer, el fiador se obliga al pago de la indemnización de perjuicios que resulte de la infracción de la obligación.

d) *Causa de la fianza.*

La causa de la fianza no debemos buscarla en el vínculo jurídico que liga al acreedor con el fiador, porque la obligación asumida por éste, es ante el primero abstracta o carente de causa. En efecto, la causa debemos buscarla en las relaciones existentes entre el fiador y el deudor principal. En otras palabras, responder a la siguiente interrogante: ¿qué motiva el otorgamiento de la fianza por el deudor? Distinguimos al efecto entre la fianza gratuita y aquella otorgada mediando un pago o retribución.

En la fianza gratuita, la causa de la obligación del fiador es la pura liberalidad.

En la fianza remunerada, la causa se encuentra en el pago que se ofrece al fiador.

Ahora bien, podría ocurrir que no sea el deudor principal sino el propio acreedor quien ofrezca pagar una remuneración a una persona, para que ésta constituya la fianza. Pero en tal caso, si bien no estaríamos ante una acto abstracto, tampoco se trata de una fianza, sino de un contrato innominado que se asemeja al seguro.

e) *Existencia de una obligación principal.*

La fianza requiere para su validez, de la existencia de una obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza. Lo anterior es una consecuencia lógica del carácter accesorio

que tiene el contrato de fianza. En general, todas las obligaciones son susceptibles de afianzarse, cualesquiera sea su fuente.

La obligación afianzada puede ser civil o natural, pero en el segundo caso, el fiador no gozará del beneficio de excusión ni tampoco del beneficio de reembolso (artículo 2358).

La obligación principal puede ser pura y simple o sujeta a modalidades, caso en el cual la modalidad se comunicará a la fianza, aplicándose el principio de accesoriedad.

La obligación principal puede ser presente o futura (artículo 2339). Si la obligación es futura, se otorga al fiador la facultad de retractarse hasta que llegue a existir la obligación principal, pero con una limitación: el fiador queda responsable frente al acreedor y frente a los terceros, en la medida que estos estén de buena fe (como en el caso del mandato, artículo 2173). Por lo tanto, si el fiador que se retracta no quiere incurrir en responsabilidad por el hecho de la retractación, debe notificar su decisión de retractarse publicando avisos y notificando al acreedor.

6.- Personas obligadas a rendir fianza.

Son tales:

- a) El deudor que así lo ha estipulado con su acreedor.
- b) El deudor cuyas facultades económicas disminuyan en términos tales de hacer peligrar el cumplimiento de sus obligaciones.
- c) El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, no dejando bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.
- d) El deudor cuyo fiador se ha tornado insolvente (artículos 2348 y 2349).

7.- Requisitos del fiador.

El fiador ofrecido por el deudor, debe reunir los siguientes requisitos (artículo 2350):

- a) Debe ser capaz de obligarse.
- b) Debe tener bienes suficientes para hacer efectiva la fianza.

Cabe señalar que para cuantificar las facultades económicas del fiador, en general la ley sólo toma en cuenta los bienes raíces de su propiedad, pero con las siguientes exclusiones:

- los bienes raíces del fiador que estén fuera del territorio de la República;
- los bienes raíces sujetos a hipotecas gravosas;
- los bienes raíces sujetos a condición resolutoria;
- los bienes raíces embargados;
- los bienes raíces litigiosos.

Excepcionalmente, se tomarán en cuenta los bienes muebles del fiador:

- fianza mercantil; y
- cuando la deuda afianzada es móda.

c) Debe estar domiciliado dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones.

8.- Efectos del contrato de fianza.

Los analizaremos desde tres puntos de vista:

- 8.1. Efectos entre acreedor y fiador.
- 8.2. Efectos entre fiador y deudor.
- 8.3. Efectos entre los co-fiadores.

8.1. Efectos entre acreedor y fiador.

Son las partes del contrato de fianza. Los efectos del contrato entre las partes, debemos analizarlos en dos momentos: antes y después que se realice reconvención de pago. Antes que el acreedor reconvenga al fiador, éste tiene derecho a pagar la deuda. Después de la reconvención de pago, los efectos dicen relación con las defensas con que cuenta el fiador.

a) *Efectos antes del requerimiento de pago hecho al fiador.*

a.1) Pago anticipado de la obligación, por el fiador.

Estos efectos dicen relación con el pago que el fiador hace al acreedor. Como lo hemos indicado, el fiador debe pagar en igualdad de condiciones que el deudor principal. De tal manera, si el fiador paga la obligación principal y ésta se encontraba sujeta a un plazo, o sea no era actualmente exigible, el fiador no puede dirigirse contra el deudor deduciendo acción de reembolso, sino una vez que ha expirado el plazo de la obligación principal. Se justifica lo anterior, porque la precipitación del fiador puede privar al deudor de interponer defensas ante la acción del acreedor (artículo 2373).

Distinta será la situación del fiador que paga anticipadamente, según si hubiere o no dado aviso del pago al deudor. Si no da aviso, el deudor podrá oponerle todas las excepciones que pudiera haber opuesto en contra del acreedor al tiempo del pago (artículo 2377, inciso 1º). Aún más, podría suceder que el deudor, ignorando que el fiador había pagado anticipadamente la obligación, volviera a pagar; en tal caso, el fiador carecerá de la acción de reembolso contra el deudor, sin perjuicio que podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor por el pago de lo no debido (artículo 2377, inciso 2º).

a.2) Derecho del fiador para exigir al acreedor que accione contra el deudor.

Cuando la obligación se hace exigible, el fiador tiene derecho a exigir al acreedor para que persiga al deudor (artículo 2356). Si el acreedor, después del requerimiento del fiador, no acciona oportunamente, y el deudor cae en el intertanto en la insolvencia, el fiador no será responsable de dicha insolvencia sobreviniente. Como señala Somarriva, este derecho es un verdadero beneficio de excusión anticipado, y tiene por objeto no responsabilizar al fiador por la negligencia del acreedor en perseguir al deudor. Nada dice la ley acerca de la forma como ha de requerir el fiador al acreedor, de manera que parece prudente sostener que dicho requerimiento se realice a través de receptor judicial, previa orden judicial, en una gestión no contenciosa.

b) Efectos, luego de requerido el fiador por el acreedor.

Cuatro defensas o excepciones puede oponer el fiador al acreedor:

- b.1) beneficio de excusión;
- b.2) beneficio de división;
- b.3) excepción de subrogación;
- b.4) excepciones reales o personales.

b.1) Beneficio de excusión.

b.1.1.) Concepto.

Es una facultad según la cual el fiador puede exigir al acreedor que antes de proceder en su contra, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal (artículo 2357).

b.1.2) Fiadores que no gozan del beneficio de excusión.

De conformidad al artículo 2358, interpretado a contrario sensu, no goza del beneficio el fiador:

- Cuando lo ha renunciado expresa o tácitamente; se trata de una aplicación del principio general del artículo 12, siendo evidente que el beneficio de excusión mira al solo interés del fiador; cabe agregar que si bien el Código Civil sólo parece admitir una renuncia expresa, la doctrina admite también una renuncia tácita, por ejemplo, cuando el beneficio no se opusiere en tiempo oportuno. En el evento que hubiere subfiador, previene el artículo 2360 que si renuncia el fiador al beneficio, no se entiende que también renuncie el subfiador (las renuncias son relativas, y sólo afectan a aquéllos que las hacen).
- Cuando el fiador se ha obligado como codeudor solidario (recordemos que de conformidad al artículo 1514, el acreedor puede perseguir a cualesquiera de los codeudores solidarios).
- Cuando la obligación principal no produce acción: se refiere el legislador a las obligaciones naturales; mal podría en este caso exigir el fiador al acreedor que persiga primero al deudor, cuando la ley priva de tal derecho; aún más, puede ocurrir que el acreedor ni siquiera pueda perseguir el pago demandando al fiador, si éste constituyó la fianza cuando la obligación principal era civil y después degeneró en natural, pues en tal caso, la fianza también lo será. En cambio, la fianza será una obligación civil, cuando se constituye cuando la obligación principal es natural (sea porque nació como tal, sea porque degeneró en natural).
- Cuando la fianza ha sido ordenada por el juez.

Fuera de los casos del artículo 2358, tampoco gozará el fiador del beneficio de excusión, en los siguientes casos:

- Cuando se trata de un fiador hipotecario o prendario, y se pretende por el acreedor perseguir la cosa hipotecada o prendada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2429 y 2430;

- Cuando el deudor está en quiebra o notoria insolvencia, porque en tales casos el fiador no podrá cumplir con el requisito de señalar los bienes del deudor sobre los cuales el acreedor pueda ejercitar su derecho de prenda general.

b.1.3) Casos en los cuales el acreedor está obligado a respetar el beneficio de excusión.

En principio, es facultativo para el fiador oponer o no al acreedor el beneficio de excusión. Pero excepcionalmente, el acreedor estará obligado a respetar el beneficio de excusión, en los siguientes casos:

b.1.3.1) Cuando el fiador se hubiere obligado a pagar sólo la parte de la deuda que el acreedor no pudiere obtener del deudor principal (artículo 2365, inciso 2º). Se trata de una responsabilidad residual.

Para que opere la excepción, se requiere una estipulación expresa e inequívoca.

Si el fiador contrae su obligación en los términos indicados, no será responsable de la insolvencia del deudor, concurriendo dos circunstancias:

- que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar: cabe señalar que el deudor podría tener bienes insuficientes para obtener el acreedor un pago total, pero que permiten un pago parcial, caso en el cual quedará subsistente la responsabilidad del fiador por el remanente;
- que el acreedor haya sido negligente en servirse de los medios que tenía para hacerse pagar: la negligencia ha de corresponder a la de aquél que incurre en culpa leve (artículo 44, considerando que no se agrega ninguna otra calificación a la culpa o negligencia del acreedor).

b.1.3.2) Cuando las partes así lo hubieren estipulado.

b.1.4) Requisitos necesarios para que el fiador goce del beneficio de excusión.

De conformidad al artículo 2358, para que el fiador pueda oponer el beneficio de excusión, deben concurrir los siguientes requisitos:

b.1.4.1) El fiador no debe estar privado del beneficio de excusión.

Nos atenemos a lo expuesto con anterioridad.

b.1.4.2) Que el beneficio de excusión se oponga en tiempo oportuno.

Establece el artículo 2358 N° 5, que el beneficio de excusión debe oponerse luego que sea requerido el fiador. Esta norma fue complementada por el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, que considera al beneficio como una excepción dilatoria. Por lo tanto, en términos generales, deberá oponerse en las siguientes oportunidades procesales:

- si se trata de un juicio ordinario: dentro del término de emplazamiento;
- si se trata de un juicio ejecutivo: conjuntamente con las excepciones perentorias, en el plazo para oponerse a la ejecución, de 4 u 8 días, según corresponda.

Excepcionalmente, el beneficio de excusión puede oponerse con posterioridad, cuando el deudor, al tiempo del requerimiento hecho al fiador no tenga bienes y después los adquiera. En este caso, la solicitud del fiador en la que alega la excusión se tratará como incidente, y de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, deberá promoverlo tan pronto como tenga conocimiento de que el deudor adquirió bienes, so pena de rechazarse de plano el incidente, si en el expediente hay antecedentes que prueben que el fiador sabía de la existencia de bienes en poder del deudor.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2363, el fiador sólo puede oponer el beneficio de excusión por una sola vez. Con todo, lo que sí puede hacerse nuevamente es la

indicación de bienes del deudor principal, cuando éste los hubiere adquirido después que el fiador opuso el beneficio (del tenor del artículo, pareciera que el fiador sólo puede señalar una vez más bienes del deudor principal).

b.1.4.3) Que el fiador indique al acreedor los bienes del deudor principal (artículo 2358 N° 6).

Como dice Somarriva, esta exigencia es de toda lógica, porque si pudiese alegarse la excusión sin señalar los bienes del deudor principal, significaría una burla al acreedor y un mero expediente dilatorio empleado por el fiador.

Toda clase de bienes pueden señalarse por el fiador, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, pero siempre y cuando se los indique con precisión.

Con todo, el artículo 2359 establece qué bienes no pueden señalarse por el fiador:

- los que estén fuera del territorio nacional;
- los embargados o litigiosos (artículo 1464 números 3 y 4);
- los créditos de dudoso o difícil cobro;
- los bienes cuyo dominio esté sujeto a condición resolutoria; y
- los bienes hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciera necesaria para el pago completo de éstas.

b.1.4.4) Que el fiador anticipé al acreedor los gastos de la excusión.

El inciso primero del artículo 2361 confiere este derecho al acreedor. Si acreedor y fiador no se ponen de acuerdo acerca de la cuantía de la anticipación, ésta será fijada por el juez, nombrando además a la persona en cuyo poder se consignará; dicha persona puede ser el propio acreedor.

Eventualmente, el propio fiador podría estar interesado en hacer la excusión (o sea, dirigirse contra el deudor principal). Para ello, deberá proponer hacerlo en un “*plazo razonable*”. Como la ley no indica que se entiende por tal, queda a la prudencia del juez fijarlo. En todo caso, no basta con la sola petición para que el fiador goce del derecho, porque el juez podría rechazar la solicitud, considerando que el artículo 2361 dice que para estos efectos, el fiador “*será oído*”.

b.1.5) Casos en que pueden ser ejecutados bienes de varias personas.

La regla general, es que el fiador sólo puede señalar para la excusión, bienes de una sola persona. Pero esta regla tiene dos excepciones:

- Tratándose del subfiador demandado por el acreedor, pues goza del beneficio de excusión tanto respecto del fiador como respecto del deudor principal (artículo 2366). En este caso, el acreedor tendrá que demandar primero al deudor principal, enseguida al fiador y por último al subfiador;
- Si hay varios codeudores solidarios, pero sólo uno ha dado fianza, demandado el fiador de ese codeudor, tiene derecho para que sean ejecutados no sólo los bienes del deudor afianzado, sino también los bienes de los otros codeudores (artículo 2362). Somarriva critica la norma, señalando que nuestro CC ha sido inconsecuente con respecto al principio establecido en el artículo 2372, porque en éste artículo, que alude a la acción de reembolso de que goza el fiador que ha pagado, sólo se concede la acción contra el deudor solidario afianzado, y no contra los deudores solidarios no afianzados. Habría entonces disparidad de criterio para resolver dos casos que debieran tener idéntica solución.

b.1.6) Efectos del beneficio de excusión.

Son los siguientes:

- Dado que se trata de una excepción dilatoria, retarda la persecución al fiador.
- Puede originar una disminución o incluso una extinción en la responsabilidad del fiador: en efecto, conforme al artículo 2365, si una vez opuesto el beneficio de excusión, el acreedor es negligente en la persecución del deudor principal y éste cae luego en insolvencia, el fiador sólo responderá en lo que exceda al valor de los bienes señalados cuando opuso la excusión; aún más, si los bienes señalados eran suficientes para que el acreedor se hubiere pagado su crédito, el fiador ninguna responsabilidad tendrá.
- Puede originar una extinción de la responsabilidad del fiador, si el acreedor obtiene un pago total, en los bienes del deudor principal. Cabe agregar que el acreedor no puede negarse a perseguir los bienes del deudor principal, alegando que no son suficientes para el pago del total de su crédito. Debe perseguir tales bienes, a pesar de lo anterior, lo que constituye una excepción al principio consignado en el artículo 1591, acerca del derecho que tiene el acreedor a exigir un pago íntegro de su crédito. Si el acreedor obtiene sólo un pago parcial con dichos bienes, entonces podrá dirigirse contra el fiador, por el saldo.

b.2) Beneficio de división.

b.2.1) Concepto.

Opera el beneficio de división, cuando existe pluralidad de fiadores (artículo 2367). Se entiende por tal el derecho que tiene cada uno de varios fiadores, para exigir al acreedor que la deuda se divida en partes iguales y por ende que le reciba sólo la cuota que al primero corresponda en la obligación.

b.2.2) Requisitos que deben cumplirse para que el fiador pueda oponer el beneficio de división. Son tales:

- Que el fiador que lo invoca no haya renunciado al beneficio: nada impide renunciar al beneficio, considerando que está establecido en interés del fiador (artículo 12). Si el fiador renuncia al beneficio y paga el total de la obligación, es subrogado por la ley en los derechos del acreedor contra los restantes fiadores, en el exceso de lo pagado (artículo 2378).
- Que no se trate de fiadores solidarios: el artículo 2367 deja en claro que el fiador solidario carece del beneficio de división; como codeudor solidario, está obligado al pago de toda la obligación (artículo 1511, inciso 2º).
- Que se trate de fiadores de una misma deuda y de un mismo deudor: artículo 2368. No es obstáculo para que se invoque el beneficio de división, la circunstancia de que los fiadores se hubieren obligado separadamente; lo que importa es que sean fiadores de una misma obligación.

b.2.3) Efectos del beneficio de división.

- Principio general: la deuda se divide entre los fiadores por partes iguales (artículo 2367, inciso 1º);
- Casos excepcionales:
 - 1º Cuando un fiador inequívocamente ha limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, caso en el cual los fiadores que no hubieren limitado su responsabilidad, soportarán eventualmente una cuota mayor en la deuda, a la que habrían soportado de no existir la limitación a favor del primer fiador (art. 2367, inciso 3);
 - 2º Cuando alguno de los fiadores fuere insolvente, pues en tal caso, su insolvencia gravará a los demás fiadores, es decir, éstos deberán pagar la parte que el primero no puede solucionar por su insolvencia (art. 2367, inciso 2); en todo caso, no se entenderá que un fiador es insolvente, cuando su subfiador no lo fuere.

b.3) Excepción de subrogación.

b.3.1) Concepto.

Consiste en la facultad del fiador, para exigir que se rebaje de la demanda del acreedor todo lo que el fiador podría haber obtenido del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal o que se declare extinguida la fianza en todo o en parte, cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o los otros fiadores, o cuando el acreedor por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse (artículos 2355 y 2381 número 2).

b.3.2) Fundamento de la excepción.

No hay un solo criterio en la doctrina, para determinar de donde emana la obligación del acreedor de conservar las acciones que tenga contra el deudor, y de las que espera subrogarse el fiador.

Para algunos, el acto en virtud del cual el acreedor imposibilita al fiador subrogarse de las acciones del primero, constituye un delito o al menos un cuasidelito civil. Sin embargo, no parece razonable tal postura, pues se olvida que hay un vínculo jurídico, el contrato entre acreedor y fiador, de manera que mal podría aludirse a la responsabilidad extracontractual.

Con todo, es cierto que la obligación del acreedor de conservar las acciones tampoco podría tener por fuente el propio contrato de fianza, porque de dicho contrato sólo nacen obligaciones para el fiador.

A juicio de Somarriva, cuando el acreedor no conserva las acciones la fianza se transforma en un contrato sinalagamático imperfecto, porque la obligación del acreedor no emana del contrato, sino de un hecho posterior a su nacimiento, al que la ley le atribuye el carácter de generador de obligaciones.

Podríamos señalar también que se trata de una aplicación del principio general consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, que exige a las partes ejecutar el contrato de buena fe. Adicionalmente, podría fundarse en la teoría del abuso del derecho, en el que incurriría el acreedor que no conservó sus acciones contra el deudor principal.

b.3.3) Quienes pueden invocar la excepción de subrogación.

Pueden invocarla todos los fiadores, tanto si la fianza es gratuita o remunerada, civil o mercantil, legal, convencional o judicial. Se estima incluso que podría invocarla el fiador solidario, porque a pesar de tal calidad, no pierde el carácter de fiador y se rige por las reglas de la fianza. Por el contrario, la doctrina mayoritaria niega esta excepción al que sólo es codeudor solidario, porque ellos son deudores directos.

A los anteriores, Somarriva agrega también al tercero garante hipotecario, porque si bien no es fiador, su situación presenta muchas similitudes con la del fiador, ya que ninguno es deudor directo. Aún más, tal opinión podría sustentarse en el tenor del art. 2429, inciso 2º, al disponer que el tercero que paga, se subroga al acreedor en los mismos términos que el fiador.

b.3.4) Requisitos para que el fiador pueda oponer la excepción de subrogación.

Son tales:

- La pérdida de las acciones debe producirse por hecho o culpa del acreedor. Así se establece en el art. 2381 Nº 2. Tal ocurriría, por ejemplo, si el acreedor cancela una hipoteca o alza una prenda, o si no inscribe una hipoteca o deja prescribir sus acciones.
- Las acciones deben haber existido en manos del acreedor al momento de constituirse la fianza.

Así piensa la mayor parte de la doctrina, basándose en la circunstancia de que el fiador sólo ha podido tener en vista para subrogarse las acciones existentes al momento de obligarse, y no las que aún no ingresaban al patrimonio del acreedor.

Cabe señalar que dado los términos amplios del CC, cualquier derecho en que el fiador no pueda subrogarse motivaría el nacimiento de la excepción de subrogación.

- Debe tratarse de acciones útiles para el fiador.

Si el acreedor pierde una acción que de haberse conservado y subrogado el fiador ningún beneficio le hubiere reportado a éste, no hay perjuicio alguno y por ende no puede invocarse la excepción de subrogación. Por ejemplo, si el acreedor cancela una hipoteca de tercer grado, existiendo dos acreedores hipotecarios de grado preferente cuyos créditos eran de gran cuantía y que excedieron las resultas del remate.

b.3.5) Necesidad de alegar la excepción de subrogación.

La liberación del fiador o la disminución de su responsabilidad no operan de pleno derecho, por la sola circunstancia de haber perdido el acreedor las acciones en contra del deudor principal. El fiador, en efecto, debe alegar la excepción de subrogación, y de no hacerlo, se entenderá que renuncia a su derecho, subsistiendo entonces íntegra su responsabilidad. Lo anterior se desprende de las palabras "*el fiador tendrá derecho*" (art. 2355), lo que evidencia que se trata de una facultad que puede o no ejercer.

¿Qué ocurre si el fiador no alega la excepción, paga al acreedor y luego, al dirigirse en contra del deudor principal, se encuentre con que las acciones se habían extinguido por culpa del acreedor. En tal caso, Somarriva cree que el fiador goza de la *acción de in rem verso* contra el acreedor, para que le restituya la parte en que no ha podido subrogarse.

b.3.6) Efectos de la excepción de subrogación.

Dos pueden ser los efectos, que se desprenden de los artículos 2355 y 2381 número 2:

- Extinción de la fianza: cuando las acciones perdidas por culpa del acreedor, de haber subsistido, habrían permitido al fiador obtener el reembolso íntegro de lo pagado al acreedor;
- Disminución de la responsabilidad del fiador: cuando las acciones en que pudo subrogarse sólo le habrían reembolsado parte de lo pagado.

b.3.7) Peso de la prueba.

Mediante la excepción de subrogación, el fiador pretenderá que su obligación se extinga total o parcialmente. Por ende, aplicando la regla general del onus probandi en el CC, del art. 1698, corresponderá al fiador acreditar que concurren los requisitos pertinentes para que se acoja la excepción.

b.4) Excepciones reales o personales.

El fiador puede oponer al acreedor tanto las excepciones reales que emanan de la obligación, como las excepciones personales suyas (art. 2354).

Son excepciones reales o comunes las inherentes a la obligación, es decir las que resultan de su naturaleza; ellas dicen relación exclusivamente con el vínculo jurídico mismo, con prescindencia absoluta de las personas que lo han contraído. Se dicen reales, porque guardan relación con la cosa, en este caso, la obligación; y se llaman comunes, porque pueden ser opuestas por cualquier persona, por cualquier deudor solidario y por el fiador.

Son excepciones personales las que competen a uno o más deudores en atención a ciertas y determinadas circunstancias o la situación especial en que estos se hallan. Como no dicen relación con la obligación misma sino con ciertas circunstancias personales, sólo puede oponerlas la persona a quien favorecen.

Como se puede observar, la situación del fiador es semejante, en esta materia, a la del codeudor solidario (art. 1520).

Presentan características especiales los vicios del consentimiento, la compensación y la prescripción:

- Excepciones de dolo y violencia: el art. 2354 incluye entre las excepciones reales al dolo y la violencia (o fuerza, en la terminología usual) de que haya sido víctima el deudor. En realidad, se trata de situaciones que, por regla general, permiten oponer excepciones personales. Se diferencian en esto entonces la solidaridad y la fianza, porque en la primera se trata de excepciones personales que sólo puede invocar el deudor víctima del dolo o de la fuerza, mientras que en la fianza, se trata de excepciones reales que puede oponer cualquier fiador.
- Excepción de compensación: La regla en virtud de la cual las excepciones personales sólo pueden ser opuestas por aquellos a quienes amparan, no es absoluta; hay ciertas excepciones personales que, no obstante su carácter, pueden ser opuestas por los demás deudores, que también se aprovechan de ellas. Estas son las llamadas excepciones mixtas y son dos: la remisión parcial de la deuda y la compensación. La compensación de la deuda es una excepción personal, que también puede ser invocada por los otros codeudores, fiador incluido, cuando el acreedor -no obstante la compensación parcial o total- demande a otro de los deudores subsidiarios o solidarios el total de la obligación. Una vez producida la compensación respecto de

uno, extingue la obligación respecto de todos y se convierte en una excepción real o común que a todos los deudores aprovecha. Pero hay una diferencia entre la solidaridad y la fianza: en la primera, la compensación puede alegarse cuando uno de los codeudores hizo valer la compensación y el acreedor, no obstante lo anterior, demanda a otro de los codeudores como si la compensación no hubiere operado. En la fianza, también puede operar cuando el deudor principal opuso al acreedor la compensación y el acreedor demanda después al fiador como si tal compensación no hubiere operado, y además, y aquí está la diferencia, cuando el acreedor demanda al fiador antes que al deudor principal. Es decir, el fiador puede oponer al acreedor, por vía de compensación, lo que éste deba al deudor principal (lo anterior se deduce de interpretar, a contrario sensu, el art. 1657, inciso 2º).

- Excepción de prescripción: el fiador puede oponer al acreedor la prescripción, a pesar de haber renunciado a la misma el deudor principal (lo que sólo podrá hacerse una vez cumplida, como se recordará): art. 2496. Estamos ante una aplicación del principio según el cual la renuncia de un derecho es de efectos relativos y sólo afecta a quien la hace. En cuanto al plazo de prescripción de la obligación subsidiaria del fiador, debemos atender al plazo en que prescriba la obligación principal (art. 2516). Prescritas ambas obligaciones, la principal y la accesoria, pasarán a tener la calidad de obligaciones naturales. Por lo tanto, si el fiador paga, y no alega por ende la prescripción, no podrá accionar en contra del deudor principal. Pero distinta será la situación cuando la fianza se constituye cuando la obligación principal ya tenía el carácter de natural, pues en tal caso la fianza será una obligación civil, de manera que el fiador requerido por el acreedor deberá pagar, aunque al igual que en la hipótesis anterior, no podrá entablar acción de reembolso contra el naturalmente obligado.

En relación a esta materia, la doctrina se ha preguntado si la interrupción de la prescripción producida en el deudor o en el fiador, afecta mutuamente al otro. Revisemos por separado la situación:

1º Interrupción que opera en el deudor: algunos estiman –Meza Barros, por ejemplo-, que la interrupción de la prescripción que opera en el deudor principal, no afecta al fiador. Fundamentan tal opinión en los siguientes aspectos:

- el silencio del CC sobre el punto;
- la circunstancia de ser relativos los efectos de la interrupción;
- ser distinta la obligación del fiador que la del deudor principal; y
- que nada tiene de extraño que la prescripción de la obligación del fiador (o más bien de la acción en su contra) prescriba independientemente de la obligación principal, porque el art. 2381 establece que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones, y dentro de tales medios está la prescripción.

Otros en cambio –Somarriva entre ellos-, consideran que la fianza no prescribe independientemente de la obligación principal, sino conjuntamente con ella, por aplicación del art. 2516. Por lo tanto, mientras subsista la obligación principal, subsistirá también la fianza. Por lo tanto, si la prescripción se ha interrumpido en el deudor principal, afecta también al fiador. En cuanto al tenor del art. 2381, como argumento esgrimido por la primera doctrina, se dice que tal argumento no tiene mayor valor, porque en dicho artículo, después de establecer el principio de que la fianza se extingue por los mismos medios que las demás obligaciones, se agrega la frase “según las reglas generales”. Ahora bien ¿cuál es la regla general en materia

de prescripción en lo que se refiere a la fianza? Tal sería, responde Somarriva, la contenida en el art. 2516.

2º Interrupción que opera en el fiador: en este caso, se aplica la regla general del efecto relativo de la interrupción de la prescripción, y por ende, el deudor principal podrá alegar la prescripción de las acciones, pues la notificación hecha al fiador no tuvo la virtud de interrumpir en su contra la prescripción. Si concluyéramos lo contrario, ocurriría que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, lo que pugna con la lógica jurídica.

8.2. Efectos entre fiador y deudor principal.

Los efectos entre el fiador y el deudor principal, deben estudiarse en dos momentos: antes y después que el primero pague al acreedor.

a) *Efectos antes de efectuar el pago por el fiador.*

a.1) Derechos que confiere la ley al fiador.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 2369, tres derechos tiene el fiador, sea la fianza civil o mercantil, legal, judicial o convencional, gratuita o remunerada:

- Que el deudor obtenga el relevo de la fianza: “*relevar*”, según el Diccionario de la RAE, significa, entre otras cosas, “*exonerar de un peso o gravamen*”; es decir, que el deudor principal realice las gestiones necesarias ante el acreedor, para que éste libere al fiador de la fianza; quien releva entonces es el acreedor, no el deudor principal, porque el segundo no es parte en el contrato de fianza, y ésta no podría alzarse sin el consentimiento del acreedor;
- Que el deudor principal le cautive las resultas de la fianza: vale decir, que se constituya una garantía por el deudor principal a favor del fiador, para el caso que el último pague al acreedor y exija el reembolso al deudor principal; las cauciones pueden ser reales o personales; si la garantía dada por el deudor principal fuere una fianza, la doctrina habla de “*contrafianza*”; y
- Que el deudor principal le consigne medios de pago: es decir, que el deudor principal le consigne judicialmente el dinero necesario para pagar al acreedor.

El fiador podrá pedir a su arbitrio cualquiera de las tres cosas, si se dan los supuestos a que aludiremos seguidamente.

a.2) Casos en que el fiador puede ejercitar los derechos precedentemente indicados.

Están señalados en el propio art. 2369:

- Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes: se justifica lo anterior, porque la conducta del deudor principal puede provocar su quiebra o insolvencia;
- Cuando el deudor principal se obligó a obtener el relevo de la fianza en cierto plazo y éste se ha cumplido: estamos sencillamente ante una aplicación del art. 1545;

- Cuando se ha cumplido la condición o vencido el plazo que haga exigible la obligación principal: en tales casos, existe un peligro concreto de que el acreedor demande al fiador.
- Cuando hubieren transcurrido más de 5 años desde el otorgamiento de la fianza (y no desde que nazca la obligación principal); con todo, carecerá el fiador del derecho:
 - cuando la obligación principal se haya contraído por un tiempo más largo;
 - cuando la fianza se hubiere dado para una obligación de duración indeterminada (por ejemplo, la de los guardadores o usufructuarios).
- Cuando exista temor fundado de que el deudor se fugue y no deje bienes raíces suficientes para el pago de la deuda: cabe destacar que la ley alude a los bienes raíces; por lo tanto, si el deudor principal hubiere dejado bienes muebles suficientes, el fiador igual podrá hacer uso de los derechos conferidos por el art. 2369.

a.3) Obligación de dar aviso del pago.

Tanto el fiador como el deudor principal, deben dar aviso al otro del pago que pretenden efectuar. De no darse este aviso recíproco, se aplicará lo dispuesto en los artículos 2376 y 2377. Revisemos la situación, según si paga el deudor principal o el fiador, sin noticiar al otro:

- Pago efectuado por el deudor principal: en este caso, si el fiador, ignorando que el deudor principal había pagado, paga a su vez nuevamente al acreedor, tendrá derecho para exigir al deudor principal que le reembolse lo pagado. En verdad, el mismo objetivo obtendría el fiador ejerciendo la acción de reembolso del art. 2370. El deudor principal, por su parte, podrá repetir en contra del acreedor, pues el último incurrió en un caso de pago de lo no debido, al recibir dos veces lo que se le adeudaba (una vez del deudor principal y otra del fiador); en estricto rigor, quien pagó lo no debido fue el fiador y no el deudor principal, pero como se observa, la ley permite al fiador dirigirse contra el propio deudor principal. En todo caso, no parece haber inconveniente para que el fiador se dirija contra el acreedor, por el pago de lo no debido (lo que se justificará, si el deudor principal fuere insolvente);
- Pago efectuado por el fiador: el deudor principal podrá oponerle todas las excepciones de que podría haberse servido ante el acreedor. A su vez, si el deudor principal pagare de nuevo (ignorando que el fiador ya había pagado), el fiador no tendrá acción alguna contra aquél, sin perjuicio de dirigirse contra el acreedor por el pago de lo no debido. Como vemos, en este caso el legislador priva al fiador tanto de la acción subrogatoria como de la acción personal de reembolso que nace de la fianza. Igual que en el caso anterior, la ley obliga a accionar por el pago de lo no debido a quién pagó primero (el fiador), pero sin avisar al que pagó después (el deudor principal).

b) Efectos entre el fiador y el deudor principal, después de efectuado el pago por el primero.

Después de efectuado el pago, el fiador tiene derecho a dirigirse contra el deudor principal, pues es éste quien en definitiva debe cargar con la extinción de la obligación. Dos acciones confiere la ley al fiador: la acción de reembolso y la acción subrogatoria en los derechos del acreedor. Eventualmente, podrá interponer una tercera acción, cuando la fianza se hubiere otorgado por encargo de un tercero, pues entonces el fiador podrá dirigirse contra su mandante.

Estudiaremos por separado estas tres acciones.

b.1) Acción de reembolso.

b.1.1) Concepto.

Se trata de una acción personal, que emana del contrato de fianza. La consagra el art. 2370. El fundamento de esta acción debemos buscarlo en el mandato o gestión de negocios que vincula al fiador con el deudor, según si la fianza fue o no conocida por éste.

Podemos definirla como aquella acción que la ley confiere al fiador, para obtener del deudor principal el reembolso de todo lo pagado por el primero al acreedor, gastos incluidos, a consecuencia de su calidad de fiador de una obligación contraída por el segundo.

b.1.2) Cosas que comprende la acción de reembolso.

Varias partidas comprende la acción de reembolso:

- El capital de la deuda;
- Los intereses de este capital; los intereses que el fiador puede cobrar son los intereses corrientes, y ellos corren de pleno derecho desde el momento del pago.
- Los gastos en que hubiere incurrido el fiador a consecuencia de la fianza; estos gastos serán aquellos que el fiador ha debido pagarle al acreedor en conformidad al art. 2347, y los que se originen en la demanda interpuesta por el fiador contra el deudor; pero dos limitaciones establece el art. 2370 acerca del reembolso de los gastos:
 - 1º no podrá pedirse el reembolso de gastos “*inconsiderados*” (o sea, exagerados, desproporcionados, cuestión que determinará el juez en caso de conflicto); y
 - 2º no podrá pedirse el reembolso de gastos sufridos por el fiador antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra el fiador (porque el legislador presume que el deudor principal, de haber tenido conocimiento de la demanda en contra del fiador, habría pagado al acreedor, ahorrando al fiador los gastos pertinentes);
- Los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que el contrato hubiere provocado al fiador (se trata de otros perjuicios, distintos de los “*intereses*”, que como sabemos, son los perjuicios propios de una obligación de dinero; así, Somarriva proporciona el ejemplo siguiente: el fiador, para hacer honor a su palabra y pagar la deuda, se ve en la necesidad de vender un inmueble a un precio muy inferior al que tiene en el mercado, caso en el cual podría cobrar al deudor principal no sólo los intereses de lo pagado, sino también la diferencia entre el valor real del inmueble y el obtenido en la venta apresurada).

Como puede observarse, el objetivo de la acción de reembolso es asegurar que el fiador resulte íntegramente resarcido de los gastos y perjuicios en que hubiere incurrido.

Claro está que si el fiador paga más de lo debido, no podría cobrar al deudor principal lo pagado en exceso, porque ninguna responsabilidad le asiste al último por la torpeza o error del fiador; éste podrá sin embargo repetir contra el acreedor, para que le restituya la parte indebidamente percibida.

b.1.3) Requisitos para que el fiador pueda entablar la acción de reembolso.

- El fiador debe haber pagado al acreedor.

Pero no obstante referirse al pago el art. 2370, debe entenderse que también goza de la acción de reembolso el fiador que ha extinguido la obligación por un medio equivalente al pago, como por ejemplo la dación en pago, compensación o novación. Lo anterior resulta justo, porque los medios descritos significaron un sacrificio económico para el fiador. Por ende, no habrá derecho a reembolso alguno si la obligación se ha extinguido por algún medio que no implique un empobrecimiento para el fiador, como por ejemplo la prescripción, remisión, pérdida de la cosa debida, etc.

- El pago debe haber sido útil.

Se entiende por tal aquél que ha extinguido total o parcialmente la obligación. Por ello, el art. 2375 N° 3 niega la acción de reembolso cuando el pago fue nulo, lo que se justifica porque en tal caso, el acreedor conserva su crédito y la acción pertinente para exigir al deudor principal el pago.

- Que el fiador no esté privado de acción.

La regla general es que todo fiador goce de acción de reembolso. Sin embargo, excepcionalmente hay casos en los cuales el fiador carece de esta acción:

1º Cuando el deudor principal, por falta de aviso del fiador, pagare nuevamente al acreedor (art. 2377);

2º Cuando la obligación principal fuere natural (art. 2375).

En relación a este requisito de la acción de reembolso, cabe preguntarse si tiene acción de reembolso el fiador que se obligó contra la voluntad del deudor. En principio, del tenor del art. 2375 pareciera desprenderse que el fiador carece de acción de reembolso en este caso. Sin embargo, tendrá acción cuando el pago hecho al acreedor extinga la deuda, total o parcialmente. Cabe notar, sin embargo, que en la fianza, el legislador se aparta de la solución establecida a propósito del pago, en el art. 1574, pues tal precepto niega el derecho al tercero que paga contra la voluntad del deudor, a repetir contra éste; también varía el criterio, respecto de la solución establecida a propósito del pago de la agencia oficiosa, porque en el art. 2291, el que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, sólo tiene acción contra el interesado cuando la gestión le hubiere resultado útil y exclusivamente para repetir lo pagado (el gestor o agente oficioso podrá reclamar por ende al interesado sólo el capital, sin intereses ni gastos, de manera que es más restrictiva la norma, a diferencia de lo que se establece en favor del fiador, cuya acción de reembolso es más amplia, según lo hemos visto).

- La acción debe entablarse oportunamente.

Se entiende por tiempo oportuno desde que el fiador ha pagado y se hace exigible la obligación principal y hasta que dicha obligación, o mejor dicho las acciones para obtener el pago de la misma, hayan prescrito (lo que ocurrirá, de acuerdo a la regla general del art. 2515, en el plazo máximo de 5 años). Considerando lo anterior, si el fiador paga antes que la obligación principal se hubiere hecho exigible, tendrá que esperar el vencimiento del plazo, para dirigirse contra el deudor principal.

b.1.4) Contra quien puede entablarse la acción de reembolso.

Cabe distinguir algunas situaciones:

- Hay un solo fiador y un solo deudor principal: el fiador sólo podrá demandar al segundo;
- Hay un fiador y varios deudores principales a los cuales afianzó, y se trataba de una obligación simplemente conjunta: el fiador podrá demandar a cada uno de los deudores principales, pero sólo por la cuota que les corresponda en la deuda;
- Hay un fiador y varios deudores principales, pero sólo uno de ellos fue afianzado: el fiador sólo podrá demandar a aquél de los deudores que afianzó (artículo 2372);
- Hay un fiador y varios deudores principales a los cuales afianzó, y se trata de una obligación solidaria: el fiador podrá demandar por el total, a cualquiera de los deudores principales; y
- Hay un fiador y varios deudores, pero sólo afianzó a uno de ellos y se trata de una obligación solidaria: el fiador sólo podrá repetir por el todo, contra el codeudor afianzado.

b.2) Acción subrogatoria.

b.2.1) Concepto.

Está contemplada en el art. 1610 N° 3, que como se recordará, trata de los casos de pago con subrogación legal. Se entiende por tal aquella acción que confiere la ley al fiador que paga, de manera que pase a ocupar la posición jurídica del acreedor y pueda por ende impetrar ante el deudor principal, los mismos derechos que podría haber invocado el acreedor.

b.2.2) Requisitos que deben cumplirse para que el fiador goce de acción subrogatoria.

Para que el fiador pueda subrogarse en los derechos del acreedor, es necesario que se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que el fiador haya pagado al acreedor.
Igual como indicamos respecto de la acción de reembolso, también se entiende cumplido el requisito cuando el fiador hubiere extinguido la obligación por otro medio que le signifique un sacrificio pecuniario.
- Que el pago haya sido útil.
Se entenderá por tal, aquél que extinguió total o parcialmente la obligación principal.
- Que el legislador no haya privado al fiador de la acción.
Excepcionalmente, el fiador no puede invocar la acción subrogatoria:

- 1º cuando la obligación afianzada fuere natural;
- 2º cuando el fiador paga pero no da el aviso pertinente al deudor principal y éste paga nuevamente al acreedor (art. 2377).

Igual que en el caso de la acción de reembolso, si el fiador paga anticipadamente, no podrá perseguir de inmediato al deudor principal, sino sólo una vez que la obligación se haya hecho exigible.

b.2.3) Derechos en que se subroga el fiador.

Los efectos de la acción subrogatoria son los indicados en el art. 1612: el crédito pasa a manos del fiador con los mismos privilegios y garantías con que existía en el patrimonio del acreedor. En todo caso, la acción subrogatoria comprende solamente el monto de lo que el fiador pagó al acreedor. Mediante ella no podrá demandar el fiador el pago de los gastos, ni los intereses ni los perjuicios eventuales, conceptos que deberán reclamarse al interponer la acción de reembolso. Por ende, puede afirmarse que la acción subrogatoria es una acción más restringida que la acción de reembolso.

Si el pago efectuado por el fiador fuere parcial, la subrogación también lo será, gozando el acreedor de preferencia para obtener el pago del saldo insoluto, conforme al art. 1612. Por ende, podría ocurrir que el fiador no alcance a pagarse, si el deudor principal fuere insolvente y sólo pagare al acreedor el saldo de la deuda.

b.2.4) Contra quien puede dirigirse la acción subrogatoria.

Podrá el fiador demandar, conforme al art. 1612:

- Al deudor principal;
- A los codeudores solidarios; distinguimos al efecto:
 - 1º si afianzó a todos los codeudores solidarios: no cabe duda que puede entablar la acción por el total contra cada uno de ellos (persiste aquí, entonces, la solidaridad);
 - 2º si sólo afianzó a uno de los codeudores solidarios: podrá demandarle el total a éste, y a los demás sólo podrá exigirles su parte o cuota en la deuda (art. 2372, en relación al art. 1522); y
- A los cofiadores.

b.2.5) Momento desde el cual comienza a contarse el plazo de prescripción de la acción subrogatoria.

Algunas sentencias, han concluido que el plazo comienza a correr desde que el fiador haya hecho el pago, fundamentándose los fallos en la circunstancia que con anterioridad a dicho pago, el fiador no tenía el carácter de acreedor.

Somarriva critica estas sentencias. Puntualiza que el crédito no sufre variación de ninguna especie por la subrogación que opera. Por ende, respecto a la prescripción del crédito, la subrogación no tiene influencia y continúa corriendo a pesar de ella. Así las cosas, para Somarriva la prescripción de la acción subrogatoria se empieza a contar no desde que el fiador hace el pago, sino desde que el crédito se hizo exigible, aún cuando esto haya acontecido mientras pertenecía al acreedor. Por lo demás, sería injusto que al fiador

que pagó y se subrogó le corra plazo de prescripción antes del vencimiento del plazo para el pago de la deuda, en circunstancias que no puede aún demandar al deudor principal.

b.2.6) Diferencias entre la acción subrogatoria y la acción de reembolso.

Desde el punto de vista de su conveniencia, no podemos postular una regla absoluta. En algunos casos, convendrá deducir la acción subrogatoria, y en otros, la acción de reembolso:

- Será más conveniente la acción subrogatoria, cuando el crédito goza de privilegio o tuviere una garantía (en cambio, la acción de reembolso no es privilegiada y carece de cauciones);
- Convendrá también interponer la acción subrogatoria, si se pretende perseguir a los cofiadores (lo que no puede hacerse a través de la acción de reembolso);
- Será mejor deducir la acción de reembolso, cuando se pretenda obtener el pago del capital, los intereses, los gastos y otros perjuicios que la fianza hubiere ocasionado; en cambio, mediante la acción subrogatoria, sólo podrá exigirse el pago de la suma que el fiador enteró al acreedor.
- También será más conveniente la acción de reembolso en caso de pago parcial, porque el fiador y el acreedor concurrirán con idénticos derechos para exigir el pago del saldo insoluto; en cambio, tratándose de la acción subrogatoria, el acreedor primitivo goza de preferencia frente al nuevo acreedor, para obtener el pago del saldo insoluto (art. 1612).
- Finalmente, desde el punto de vista del plazo de prescripción de las acciones, convendrá interponer la acción de reembolso, pues el plazo se comienza a computar desde que el fiador hace el pago, mientras que el plazo de prescripción de la acción subrogatoria, según vimos, comienza a contarse, a juicio de Somarriva, desde que la obligación se hizo exigible. Podría ocurrir entonces que hubiere prescrito la acción subrogatoria y persistiere la acción de reembolso. Con todo, podría ocurrir que la acción de reembolso prescriba antes que la acción subrogatoria, si el fiador pagó anticipadamente la obligación.

b.3) Acción del fiador contra su mandante.

El fiador que afianza por orden de un tercero, goza también de acción contra éste. Así lo establece el art. 2371, norma que no hace sino consagrar la acción que emana del contrato de mandato, pues el tercero, en este caso, es un verdadero mandante del fiador.

En todo caso, el legislador deja al arbitrio del fiador el dirigirse contra el deudor principal o contra su mandante. Por cierto, si demanda a cualquiera de ellos y es indemnizado adecuadamente, carecerá de acción contra el otro, pues de intentarla y ser acogida, habría un enriquecimiento sin causa.

A su vez, si el mandante demandado por el fiador le indemniza, podrá repetir contra el deudor principal, pues es éste quien en definitiva está llamado a soportar el pago de la deuda.

8.3. Efectos entre los cofiadores.

a) Acción que confiere la ley al cofiador.

Habiendo dos o más fiadores, ya estudiamos que según el beneficio de división que puede impetrar cualquiera de ellos, sólo estará obligado al pago de su cuota en la deuda. En armonía con lo anterior, el art. 2378 establece que el fiador que pague más de lo que proporcionalmente le corresponde, quedará subrogado en los derechos del acreedor, para exigir de los otros cofiadores que se le reembolse el exceso de lo pagado.

b) Requisitos para que el cofiador se subroguen en los derechos del acreedor.

Deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que existan varios fiadores de una misma deuda y deudor;
- Que el fiador haya pagado más de lo que le correspondía en la deuda (lo mismo vale tratándose de otros medios de extinguir obligaciones, que suponen un sacrificio pecuniario para el cofiador, como la compensación, novación, etc.);
- Que el pago haya sido útil, es decir, que haya extinguido total o parcialmente la obligación. Sobre el particular, Somarriva dice que la obligación principal ha de haberse extinguido, sin distinguir si la extinción fue total o parcial, agregando que de subsistir, el acreedor podría perseguir a los otros fiadores. Pareciera entonces que a juicio de Somarriva, la extinción de la obligación ha de ser total, conclusión que no compartimos, pues el pago hecho por el cofiador podría ser excesivo, aún cuando la obligación principal no se hubiere extinguido en su totalidad; nada justifica estimar que el cofiador sólo podrá accionar contra los restantes cofiadores una vez extinguida en su integridad la obligación principal. Con todo, si el pago fuere parcial, no debemos olvidar que el acreedor tiene preferencia para pagarse del saldo, conforme lo dispuesto en el art. 1612.

c) Objeto de la acción subrogatoria concedida al cofiador.

El cofiador que paga más de la cuota que le correspondía, sólo puede demandar de los restantes cofiadores la parte o cuota que a éstos corresponda en el exceso pagado, y no en su totalidad. Cabe advertir si, que el cofiador no podría entablar la acción subrogatoria contra aquellos cofiadores a quienes el acreedor hubiere liberado de su obligación, porque si el acreedor no podía demandarlos, mal podría hacerlo el cofiador, pues está subrogándose en las acciones que tenía el acreedor. Pero en el caso anterior, el cofiador podría invocar ante el acreedor el derecho que le concede el art. 2355, es decir, la excepción de subrogación.

d) Otras acciones que eventualmente podría interponer el cofiador.

Nada dice la ley acerca de la posibilidad de interponer por el cofiador que paga en exceso, otras acciones contra los restantes cofiadores. Somarriva señala que nada impediría deducir la acción in rem verso, que evita que los otros fiadores se beneficien indebidamente al extinguirse la deuda a la cual ellos también estaban obligados.

e) Excepciones que puede oponer el cofiador demandado.

Interpretando a contrario sensu el art. 2379, el cofiador demandado puede oponer a la demanda del cofiador que pagó en exceso:

- las excepciones reales, es decir las inherentes a la obligación; y
- las personales suyas.

No podrá interponer las excepciones personales del deudor, ni las personales del cofiador que pagó en exceso.

9.- Extinción de la fianza.

Igual como estudiamos a propósito de la prenda y la hipoteca, la fianza puede extinguirse por vía principal o por vía consecuencial. En el primer caso, subsistirá la obligación principal. En el segundo caso, la fianza se extinguirá a consecuencia de haberse extinguido la obligación principal. Los arts. 2381 a 2383 se refieren a la extinción de la fianza. El primero, después de asentar el principio de que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones, alude a tres situaciones:

- El relevo de la fianza;
- Cuando se interpone la excepción de subrogación; y
- Cuando se extingue la obligación principal total o parcialmente.

Analicemos a continuación las peculiaridades que pueden observarse en los distintos modos de extinguir las obligaciones:

a) El pago.

Si la obligación principal se extingue por el pago, también se extingue la fianza, pero siempre que el pago sea hecho por el deudor principal, pues si paga el un tercero, éste, como sabemos, se subroga en los derechos del acreedor, incluyendo entre ellos su derecho a dirigirse contra el fiador.

Si quien paga es el fiador, se extinguirá obviamente la fianza, pero dicho fiador podrá accionar contra el deudor principal, según lo estudiamos.

b) La dación en pago.

Establece el art. 2382 que al operar entre deudor principal y acreedor una dación en pago, en virtud de la cual el primero entrega al segundo un objeto distinto al primitivamente adeudado, la fianza se extinguirá irrevocablemente.

Algunos sostienen que este precepto demostraría que la dación en pago supone una novación por cambio de objeto, en la cual la segunda obligación tiene una existencia efímera. Y puesto que al haber novación se extinguió la obligación primitiva, igual suerte corrieron las obligaciones accesorias, entre ellas la fianza.

Sin embargo, Somarriba previene que Bello no fundamentó la norma en la aludida y supuesta novación, sino en las ideas de Pothier, según se desprende de una nota marginal del principal redactor de nuestro Código, quien señala aludiendo al citado autor francés: "el fiador no debe sufrir perjuicios del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor por este arreglo ha quitado el medio al fiador de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de

ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable". Como se observa, Pothier se funda en la equidad y no en la novación.

c) La novación.

El objeto propio de la novación es extinguir la obligación conjuntamente con sus accesorios y garantías, y entre ellas, la fianza (art. 1645).

Con todo, la fianza subsistirá, si el fiador accede a la nueva obligación.

Cabe recordar también que la simple ampliación del plazo, si bien no constituye novación, pone fin a la responsabilidad de los fiadores (art. 1649).

d) La compensación.

Si se extingue la obligación principal por compensación, la fianza corre igual suerte. Recordemos que excepcionalmente, el fiador puede oponer en compensación al acreedor lo que éste deba al deudor principal (es decir, a una excepción personal, se le da en la fianza el tratamiento de excepción real, favoreciendo al fiador).

e) La remisión.

Si el acreedor remite o condona la obligación principal, también se extinguirá la fianza. El relevo de la fianza, esto es la liberación de la fianza hecha voluntariamente por el acreedor, es una verdadera remisión, aunque no constituye donación, según lo dispuesto en el art. 1397, a menos que el deudor principal esté insolvente.

f) La confusión.

Si se confunden las calidades de acreedor y deudor principal, se extinguirá la fianza. Pero en los siguientes casos, se extinguirá solo la fianza, subsistiendo la obligación principal:

- cuando se confunden las calidades de acreedor y fiador; en este caso, el fiador pasará a ser nuevo acreedor;
- cuando se confunden las calidades de deudor principal y fiador, caso en el cual la obligación principal subsiste pero carente de garantía, salvo que hubiere subfiador (art. 2383), caso en el cual excepcionalmente el subcontrato subsistirá, no obstante haberse extinguido el contrato base (la fianza).

En cuanto a los restantes modos de extinguir las obligaciones, operan los principios generales relativos a la extinción de las obligaciones.
