

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Contratos Parte Especial (I Semestre 2017).
Profesor
Aldo Molinari Valdés.
Ayudantes
Isaac Stevens
Camilo Cornejo
Pía Droghetti

APUNTE

CONTRATO DE FIANZA¹

El presente apunte contiene los contenidos relativos al Contrato de Fianza que no fueron tratados presencialmente en clases.

I. EFECTOS DEL CONTRATO DE FIANZA.

Los efectos del contrato de fianza deben ser analizados desde una triple perspectiva: (i) efectos entre acreedor y fiador; (ii) efectos entre fiador y deudor; y (iii) efectos entre los cofiadores.

i. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

[Tratado en clases.]

ii. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR PRINCIPAL

El fiador que paga no cumple una obligación propia, en que tenga un personal interés; por consiguiente, debe ser reembolsado.

Con este objeto dispone, por derecho propio, de una acción personal contra el deudor; además, la ley le subroga en los derechos del acreedor. En principio, el fiador no puede accionar contra el deudor, sea ejercitando su acción personal o la acción subrogatoria, sino cuando ha pagado.

Sin embargo, en casos excepcionales, la ley acuerda al fiador un recurso anticipado, justamente para evitarse el trance de tener que pagar o para asegurar el reembolso del posible pago de la deuda. Por este motivo, los efectos de la fianza entre deudor y fiador deben considerarse en dos momentos: antes y después de verificado el pago.

¹ Para la elaboración del presente apunte se han utilizado los siguientes textos: VODANOVIC HACLIČKA, Antonio, *La Fianza*, Edit. Lexis Nexis, 2ª ed., 2004; BOETSCH GILLET, Cristián, *Fuentes de las Obligaciones Los Contratos de Garantía*, Apunte Facultad de Derecho UC; ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *El Contrato de Fianza*, Apunte, 2011.

a. ***Efectos anteriores al pago realizado por el fiador.***

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

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

VODANOVIC afirma que estos derechos pueden ser ejercidos asimismo por el fiador solidario y también por el fiador y codeudor solidario. La razón que se da respecto de este último es la de que si bien en sus relaciones con el acreedor asume la calidad de deudor directo, en cuanto a los codeudores es un simple fiador por no tener interés en la deuda para cuya garantía se estipuló la solidaridad.

Los derechos que confiere la Ley son los siguientes:

- ❖ *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.

La jurisprudencia ha indicado que no caduca una fianza por el hecho de suscribirse una escritura entre el **deudor** y el **fiador** en que se da por cancelada esa garantía.

En el evento de que exista pluralidad de fiadores y codeudores solidarios respecto a una misma obligación, se estima como injusto que a propósito del relevo por parte del acreedor, se grave mayormente al resto de los fiadores-codeudores. Así, si por ejemplo, el deudor principal no pagó su deuda por 9 millones de pesos, garantizada por 3 fiadores-codeudores solidarios y a uno de ellos el acreedor lo relevó de su fianza, los otros dos quedarán solidariamente responsables únicamente por 6 millones de pesos.

Se afirma por otra parte que el fiador que afianzó la obligación **contra la voluntad** del deudor (art. 2369, inc. final), carece del derecho a requerir el relevo de la fianza. El fundamento se encontraría en que dicho fiador, al comprometerse contra la voluntad del deudor, evidencia estar dispuesto a correr todos los riesgos de la fianza.

- ❖ *Que el deudor principal le caucione 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”²; 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.

² No debe confundirse la “contrafianza” con la “subfianza”: subfianza es la fianza otorgada a favor del fiador; contrafianza es la fianza otorgada en pro del deudor para seguridad del fiador.

El fiador podrá pedir a su arbitrio cualquiera de las tres cosas, si se dan los supuestos que se analizarán en el siguiente apartado. De hecho, se ha fallado que la decisión sobre cuál de éstos derechos se ejerce, está al arbitrio del fiador y no del deudor.

a.3 *Casos en que el fiador puede ejercitar los derechos precedentemente indicados.*

Están taxativamente 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 liquidación (quiebra) o insolvencia;
- ❖ *Cuando el deudor principal se obligó a obtener el relevo de la fianza en cierto plazo y éste se ha cumplido:* se trata de una aplicación del art. 1545, existiendo un incumplimiento por parte del deudor;
- ❖ *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: (i) cuando la obligación principal se haya contraído por un tiempo más largo; (ii) cuando la fianza se hubiere dado para una obligación de duración indeterminada (por ejemplo, la de los guardadores o usufructuarios). e) 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.
- ❖ *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.4 *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.

Se debe analizar la situación según si paga el deudor principal o el fiador, sin noticiar al otro: a)

- ❖ *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.

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 posteriores al pago realizado por el fiador.*

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.

[Materia tratada en clases.]

iii. EFECTOS ENTRE LOS COFIADORES.

a. *Acción que confiere la ley al cofiador.*

Habiendo dos o más fiadores, ya se indicó 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 subroge 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 es debatida, 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 se debe 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: a) las excepciones reales, es decir las inherentes a la obligación; y b) las personales suyas.

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

II. **EXTINCIÓN DE LA FIANZA.**

La fianza puede extinguirse por vía consecuencial y por vía directa o principal. La extinción de la fianza, por una u otra vía, puede ser total o parcial.

a. ***Extinción de la fianza por vía consecuencial.***

Se extingue la fianza por vía consecuencial cada vez que se extinga, por un medio legal, la obligación principal. Lo accesorio no puede subsistir sin lo principal. Por ende, la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la fianza.

El art. 2381, N° 3°, previene que la fianza se extingue, en todo o parte, “por la extinción de la obligación principal en todo o parte”.

Puede el fiador prevalerse, por lo tanto, de la extinción de la obligación principal, cualquiera que sea la causa que la produzca: pago, dación en pago, compensación, prescripción. Solamente la nulidad de la obligación principal por la relativa incapacidad del deudor deja subsistente la fianza. La incapacidad es una excepción personal que el fiador consecuencialmente no puede invocar (art. 2354).

A continuación se analizarán las peculiaridades que pueden observarse en los distintos modos de extinguir las obligaciones:

a.1 *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 un tercero, éste 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.

a.2 *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, Somarriva 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.

a.3 *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). Cabe recordar también que la simple ampliación del plazo, si bien no constituye novación, pone fin a la responsabilidad de los fiadores (art. 1649).

a.4 *La compensación.*

Si se extingue la obligación principal por compensación, la fianza corre igual suerte. Excepcionalmente, el fiador puede oponer en compensación al acreedor lo que éste deba al deudor principal.

a.5 *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.

a.6 *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: a) cuando se confunden las calidades de acreedor y fiador; en este caso, el fiador pasará a ser nuevo acreedor; b) 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.

b. ***Extinción de la fianza por vía principal.***

La fianza se extingue por vía principal cuando cesa la responsabilidad del fiador, aunque la obligación principal se conserve vigente. En otras palabras, la fianza se extingue por vía directa por los modos generales de extinguirse las obligaciones.

El art. 2381 previene que la fianza se extingue, total o parcialmente, “por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales”.

Unas veces la causa que extingue la fianza extingue igualmente la obligación principal; así ocurre cuando el fiador paga la deuda: se extingue la fianza y la obligación del deudor para con el acreedor. Otras veces, la obligación subsiste, como si el acreedor releva al fiador de la fianza.

La fianza tiene, además, modos peculiares de extinguirse.

- ❖ Se extingue la fianza “por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador” (art. 2381, N° 1°). La obligación principal, en tal evento, subsiste.
- ❖ Se opera asimismo la extinción de la fianza “cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse” (art. 2381 N° 2°).

Si el acreedor pierde acciones que habrían permitido al fiador un reembolso total, la extinción de la fianza es igualmente total. Si las acciones perdidas le habrían permitido un reembolso parcial, será también parcial la extinción de la fianza.

En suma, la fianza se extingue hasta concurrencia de lo que “el fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal” (art. 2355).