

87. Las preferencias.— Las preferencias, en el amplio sentido de la palabra, constituyen evidentemente una garantía para el acreedor. Es una clara ventaja para el acreedor la facultad de pagarse de su crédito con anterioridad a otros acreedores, especialmente cuando los bienes del deudor son insuficientes para satisfacerlos a todos.

Es necesario observar que las preferencias, en nuestro derecho, en principio, tienen un carácter personal; no pasan contra terceros (arts. 2473 y 2486).

Se exceptúan la prenda y la hipoteca: la preferencia que otorgan conserva su vigor aunque los bienes salgan del patrimonio del deudor. Pero ésta es una consecuencia del carácter real de los derechos de prenda e hipoteca.

Los privilegios pasan excepcionalmente contra terceros.

a) Pasa contra terceros el privilegio de cuarta clase contra el propietario de un piso o departamento por expensas comunes porque “sigue siempre al dominio de su piso o departamento” (art. 5° de la Ley N° 6.071).

b) Pasa igualmente contra terceros el privilegio de primera clase del Fisco en contra del deudor de impuesto a la renta que cesa en sus actividades por venta, cesión o traspaso de sus bienes, negocio o industria. El adquirente es obligado a pagar los impuestos y a su respecto el crédito es también privilegiado (art. 71 del Código Tributario, D.F.L. 190 de 25 de marzo de 1960).

2. LA FIANZA

88. Concepto.— Define el art. 2335 el contrato de fianza: “La fianza es 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”.

La fianza no es una “obligación” sino que un “contrato” accesorio que se celebra entre acreedor y fiador. La ne-

cesidad en que se encuentra el fiador de satisfacer la obligación, total o parcialmente, en subsidio del deudor principal, es el efecto propio y fundamental de este contrato¹³.

El art. 2336 parece contradecir abiertamente que la fianza es siempre un contrato y justificar que el Código haya preferido calificarla de “obligación accesoria”.

Dispone el art. 2336 que “la fianza puede ser convencional, legal o judicial” y añade que “la primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez”; sería un contrato solamente la fianza convencional.

Pero no existe tal contradicción; la fianza es siempre un contrato. Puede ser convencional, legal o judicial el origen de la obligación de procurarse un fiador. El deudor puede resultar obligado a proporcionar un fiador como consecuencia de una convención, de un mandato de la ley o de una orden judicial.

1. *Caracteres del contrato de fianza*

89. Enunciación.— El contrato de fianza, dentro de la clasificación de los contratos, presenta los caracteres siguientes: es generalmente consensual, unilateral, gratuito y accesorio.

90. La fianza es un contrato consensual.— La fianza es un contrato generalmente consensual, esto es, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes¹⁴.

Sin embargo, el contrato de fianza suele ser solemne.

¹³ Merece notarse que no se incurriría en este error en el Proyecto de 1853. El art. 2499 de dicho Proyecto expresaba que la fianza es “un contrato accesorio”.

¹⁴ Códigos modernos, como el alemán (art. 766) y el suizo (art. 493), exigen para la validez de la fianza que conste por escrito. Es curioso notar que el mismo criterio adoptaba el Proyecto de 1853 (art. 1504).

a) La fianza que deben rendir los tutores y curadores para que se discierna el cargo debe constituirse por escritura pública (art. 855 del C. de P. Civil).

b) La fianza mercantil “deberá otorgarse por escrito, y sin esta circunstancia será de ningún valor ni efecto” (art. 820 del C. de Comercio).

c) El aval, especie de fianza, por medio de la cual un tercero se obliga solidariamente al pago de una letra de cambio o de un pagaré. La sola firma en el anverso de la letra o pagaré, o de su hoja de prolongación, en su caso, constituye aval, a menos que esa firma sea del girador (el que emite la letra) o del librado (el obligado al pago). Artículo 46 de la Ley N° 18.092.

d) La fianza que se rinda para garantizar la libertad provisional de los procesados debe constituirse por escritura pública, o por un acta firmada ante el juez por el procesado y el fiador (art. 369 del C. de P. Penal).

91. La fianza es un contrato unilateral.— La fianza es un contrato unilateral porque sólo una parte se obliga para con la otra que no contrae ninguna obligación.

De la propia definición del art. 2335 se desprende que quien se obliga es el fiador para con el acreedor a cumplir la obligación, en todo o parte, si no la cumple el principal deudor.

El deudor es extraño al contrato. Así se explica la regla del art. 2345: “Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor”.

No se da en la práctica el caso que una persona afiance a otra sin su conocimiento y menos contra su voluntad. El fiador no interviene sino a petición del deudor, a menudo apremiante, para procurarse un crédito que no obtendría sin esta caución. Pero, no obstante que al deudor quepa la iniciativa de buscar un fiador, permanece extraño al contrato de fianza.

La fianza sería bilateral si el acreedor se obligara a pagar una remuneración al fiador por el servicio que le presta. Pero, en tal caso, la fianza degenera en otro contrato: un contrato de seguro.

92. La fianza es un contrato gratuito.— Tiene el contrato por objeto sólo la utilidad de una de las partes, sufriendo el gravamen únicamente el fiador.

Se dice que la gratuidad no es de la esencia de la fianza; nada impide que el fiador estipule una equitativa remuneración por el riesgo a que se expone de tener que satisfacer la obligación en lugar del deudor.

El art. 2341 dispone: “El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta”¹⁵.

Aunque gratuita, la fianza no importa una donación. El art. 1397 dispone que “no hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador”; tampoco dona “el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor”.

Pese a su carácter gratuito y de que no reporta ningún beneficio, el fiador responde de la culpa leve. El art. 2351 le impone esta responsabilidad: “El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a que fuere obligado”.

¹⁵ El fiador puede recibir remuneración del acreedor o del deudor; si es remunerado por el acreedor, el contrato presenta los caracteres del seguro; remunerado por el deudor, el contrato conserva su carácter de fianza.

Otro ejemplo de fiador remunerado, lo encontramos en las operaciones bancarias. Los bancos, en conformidad a las normas sobre intermediación financiera (por ejemplo, en la apertura de una carta crédito stand by), afianzan a un deudor, cobrándole lo que se llama una “comisión”, que no es otra cosa que la remuneración del fiador.

93. La fianza es un contrato accesorio.— Sin duda que la circunstancia de ser un contrato accesorio es la característica más saliente de la fianza.

Su finalidad es procurar al acreedor una garantía y supone necesariamente una obligación principal a que acceda. La suerte de la fianza está íntimamente ligada a la suerte de la obligación principal.

Se siguen de este carácter accesorio de la fianza numerosas e importantes consecuencias.

a) Extinguida la obligación principal se extingue igualmente la fianza (art. 2381).

Así, la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la fianza; si la obligación principal sucumbe por una acción de nulidad, la fianza se desplomará con ella “como la yedra con el muro que la sostiene”¹⁶.

La regla sufre excepción cuando la nulidad proviene de la relativa incapacidad del deudor principal. Desde luego, el fiador no puede invocar la nulidad (art. 2354). Tampoco podrá, a menudo, aprovecharse del pronunciamiento de la nulidad, declarada a instancias del incapaz.

El legislador considera que el fiador que cauciona la deuda de un incapaz entiende precisamente garantizar al acreedor el riesgo a que le expone la incapacidad del deudor.

Parece un contrasentido que, anulada la obligación principal, pueda subsistir la fianza.

Recuérdese que la declaración de nulidad, en razón de la incapacidad del obligado, suele dejar subsistente una obligación natural. Cada vez que esto ocurra, la obligación natural servirá de sostén a la fianza.

¹⁶ Baudry-Lacantinerie, “Traité théorique et pratique de droit civil”, t. IX, N° 950.

b) Otra consecuencia importante es la facultad del fiador de oponer al acreedor todas las excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación principal.

c) Una tercera consecuencia del carácter accesorio de la fianza es que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal.

Esta consecuencia merece un mayor comentario.

94. El fiador no puede obligarse a más que el deudor principal.— No puede el fiador obligarse a más y en términos más gravosos que el principal deudor.

El art. 2343 previene que “el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos”. Y el art. 2344 añade que “el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor”; “pero puede obligarse en términos menos gravosos”.

Se comprende que el fiador pueda obligarse a menos que el deudor. Puede el acreedor estar seguro de la solvencia del deudor hasta cierto límite y exigirle un fiador si la obligación excede de dicho límite.

Pero en cuanto la obligación del fiador excediera de la del principal deudor, ella misma se convierte en una obligación principal y el fiador dejaría de ser un deudor subsidiario en el exceso.

La obligación del fiador puede ser mayor o más gravosa en cuanto a la cantidad o cuantía, al tiempo, al lugar, a la condición, al modo, a la pena impuesta para el caso de incumplimiento.

a) La obligación del fiador excederá relativamente a la cuantía si se obliga a pagar una suma mayor que el deudor; si la obligación principal no produce intereses y el fiador se obliga a pagarlos; si debe pagar intereses más elevados que el deudor.

b) En cuanto al tiempo, la obligación del fiador será más gravosa si se obliga pura y simplemente y la obligación del

deudor es a plazo o si el plazo para la obligación del fiador es menor.

c) En lo tocante al lugar, la obligación del fiador será más gravosa si, mientras el deudor se obligó a pagar en su domicilio, el fiador debe hacerlo en el domicilio del acreedor.

d) Será más gravosa en cuanto a la condición, si la obligación del deudor es condicional y pura y simple la obligación del fiador.

e) Más gravosa en cuanto al modo es la obligación del fiador que se obliga a pagar en un determinado tipo de moneda, mientras el deudor no tiene tal limitación.

f) Por fin, en cuanto a la pena, la obligación del fiador será más gravosa si se sujeta a una pena que no afecta al deudor o al pago de una pena superior.

El art. 2344 dispone que la obligación del fiador no puede ser más gravosa “no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que acceda la fianza”.

La fianza que, en el hecho, es más gravosa que la obligación principal, no adolece de nulidad; la ley ha señalado una sanción diversa: la fianza que excede bajo cualquiera de los respectos indicados a la obligación del deudor, “deberá reducirse a los términos de la obligación principal” (art. 2344, inc. 3°).

El art. 2344 concluye: “En caso de duda se adoptará la interpretación más favorable a la conformidad de las dos obligaciones principal y accesoria” (art. 2344, inc. 4°).

95. El fiador puede obligarse en términos más eficaces.— Pese a que el fiador no puede obligarse en forma más gravosa, puede quedar obligado más eficazmente.

El art. 2344, inc. 2º, dispone: “Podrá, sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aunque la obligación principal no la tenga”.

En cuanto a la calidad del vínculo, el fiador puede estar más estrecha y duramente obligado. La hipoteca o la prenda que constituya no hacen más amplia o gravosa su obligación; solamente la hacen más intensa o eficaz.

96. Modalidades de la fianza.— La fianza admite modalidades. El art. 2340 dispone: “La fianza puede otorgarse hasta o desde día cierto, o bajo condición suspensiva o resolutoria”.

La obligación del fiador estará sujeta a modalidad, además, cuando lo esté la del principal obligado. Las modalidades de la obligación principal pasan a la fianza, como consecuencia de que el fiador no puede obligarse en forma más gravosa que el deudor.

97. Fianza a favor del fiador.— La fianza puede constituirse en favor del fiador. El fiador, en otros términos, puede tener un fiador, un subfiador. El art. 2335, inc. 2º, dispone: “La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

En general, el subfiador está sometido a las mismas disposiciones que el fiador; a su respecto, éste es considerado como deudor principal.

2. Clasificaciones de la fianza

98. Enunciación.— La fianza puede ser legal, judicial y convencional; personal e hipotecaria o prendaria; limitada o ilimitada; simple y solidaria.

99. Fianza convencional, legal y judicial.— La clasificación no se refiere al origen de la obligación del fiador

—que es invariablemente convencional—, sino al origen de la obligación del deudor principal de rendir fianza, de procurarse un fiador.

a) Como ejemplos de fianza legal pueden citarse la que están obligados a rendir los poseedores provisorios (art. 89), los tutores y curadores (arts. 374 y 376), los usufructuarios (arts. 775 y 777).

b) Por lo que toca a la fianza judicial, debe dejarse en claro que el juez, para ordenar su constitución, debe apoyarse en un texto expreso de la ley. Tal es el caso de los propietarios fiduciarios (art. 775), del dueño de la obra ruinosa (art. 932), de los albaceas (arts. 1292 y 1313)¹⁷.

La fianza legal y la fianza judicial se rigen, en general, por las mismas reglas que la convencional. El art. 2336, inc. 3º, previene: “La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código de Enjuiciamiento disponga otra cosa”.

Dos diferencias importantes pueden anotarse:

a) Si la fianza es legal o judicial, puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca, aun contra la voluntad del acreedor.

El art. 2337 prescribe: “El obligado a rendir una fianza no puede sustituir a ella una hipoteca o prenda, o recíprocamente, contra la voluntad del acreedor. Si la fianza es exigida por ley o decreto de juez, puede substituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente”¹⁸.

¹⁷ Véanse, además, los arts. 6º, 279, 298, 299, 475 y 774 del C. de P. Civil; 81, Nº 2º, y 308 del C. Penal; 357 y siguientes del C. de P. Penal. Véanse, aun, los arts. 153 y 171 del C. Civil.

¹⁸ El art. 57 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 251, de 30 de marzo de 1960, que creó el Banco del Estado, dispone que en los casos de fianzas judiciales o que las leyes exijan para desempeñar un cargo pú-

b) Cuando la fianza es exigida por el juez, el fiador no goza del beneficio de excusión (art. 2358, N° 4°).

100. Fianza personal e hipotecaria o prendaria.— Fianza personal es aquella en que el fiador simplemente obliga a todos sus bienes, indistintamente, al cumplimiento de la obligación, y fianza hipotecaria o prendaria es aquella en que, además, constituye una prenda o hipoteca.

En la fianza personal, el acreedor dispone de dos acciones personales —contra el deudor principal y contra el fiador— para perseguir el pago de su crédito en los bienes de uno y otro, con excepción de los inembargables.

Cuando la fianza es hipotecaria o prendaria, dispone el acreedor, todavía, de una acción real contra el fiador, que le permite pagarse preferentemente con los bienes hipotecados o empeñados.

El art. 2430, inc. 3°, establece que “la fianza se llama *hipotecaria* cuando el fiador se obliga con hipoteca” y añade el inc. 3° que “la fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza”. *A contrario sensu*, en cuanto a la acción real, se aplicarán las reglas de la hipoteca o prenda.

Si el acreedor ejerce contra el fiador la acción real, debe tenerse presente:

a) que no podrá oponer el fiador el beneficio de excusión (arts. 2429, inc. 1°, y 2430, inc. 2°);

b) que la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca impedirá igualmente a los fiadores invocar el beneficio de división (arts. 1526, N° 1°, 2405 y 2408).

blico o para cualquiera otra responsabilidad fiscal, se admitirá como garantía equivalente el depósito de bonos hipotecarios, por la cantidad de la fianza.

101. Fianza limitada e ilimitada.— La fianza es definida o limitada cuando en el contrato se determinan las obligaciones concretas que el fiador toma sobre sí o cuando se limita a una cantidad fija de dinero.

Es indefinida o ilimitada la fianza cuando no se determinan las obligaciones que garantiza el fiador o la cuantía de su responsabilidad.

a) Cuando la fianza se limita en cuanto a la cantidad, lógicamente responde el fiador sólo hasta la suma convenida y no más.

El art. 2367, inc. 3º, dispone: “El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota”.

Del mismo modo, limitada la fianza a determinadas obligaciones, no se extiende a otras obligaciones diversas.

b) Si la fianza es ilimitada, sin embargo, tiene un límite; no se extiende a más que la obligación principal (arts. 2343 y 2344).

Ha precisado el legislador la extensión de la fianza que no se encuentra limitada en su cuantía: “La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciere al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha” (art. 2347).

El fiador, en consecuencia, está obligado: a) al pago del capital de la obligación; b) a pagar los intereses; c) al pago de las costas.

No responde el fiador de las costas producidas entre el requerimiento del deudor y la intimación que a él se haga;

en vista de la falta de pago del deudor, el acreedor pudo dirigirse inmediatamente en contra del fiador y ahorrarse tales costas.

102. Fianza simple y solidaria.— Los acreedores, ávidos de garantía, a menudo no se contentan con la simple fianza; exigen que el fiador se obligue solidariamente.

La estipulación de la solidaridad en la fianza produce como efecto fundamental privar al fiador del beneficio de excusión. Tal estipulación es, en efecto, una enérgica renuncia de tal beneficio.

En caso de ser varios los fiadores, como consecuencia de la solidaridad, quedarán igualmente privados del beneficio de división.

Suele estipularse que una persona se obligue como fiador y codeudor solidario; en tal evento regirán las reglas de las obligaciones solidarias.

La estipulación no es ociosa, sin embargo, porque deja claramente establecida, de antemano, la falta de interés del codeudor en la obligación.

El art. 1522 dispone que el codeudor que no tiene interés en el negocio, en sus relaciones con los demás codeudores, se considera como un fiador.

Frente al acreedor, es un codeudor solidario; ante los codeudores, es un fiador.

3. Requisitos del contrato de fianza

103. Enunciación.— La fianza debe reunir los requisitos de todo contrato: consentimiento, capacidad, objeto y causa.

Como consecuencia de su carácter accesorio, la fianza requiere, además, la existencia de una obligación principal.

104. El consentimiento en la fianza.— La fianza es regularmente un contrato consensual, que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

La ley no se contenta, sin embargo, con un consentimiento tácito. El art. 2347 establece que “la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso”.

La fianza impone al fiador graves responsabilidades. Quien afianza paga, dice un adagio¹⁹. Su derecho para que se le reembolse lo pagado resulta ilusorio, a menudo, debido a la insolvencia del deudor.

Por este motivo, la ley ha exigido que el consentimiento del fiador debe ser expreso. La fianza no puede resultar de un simple consejo o recomendación, de ningún acto ejecutado por el fiador, por significativo que sea de su intención de obligarse como tal.

Solamente la voluntad del fiador debe manifestarse de un modo expreso; la voluntad del acreedor puede ser tácita, conforme al derecho común. Al decir que la fianza no se presume, evidentemente el legislador ha dictado una norma relativa a la persona que se obliga como fiador.

En cuanto a la prueba, la fianza está sujeta a las reglas generales. Una fianza estipulada verbalmente no podrá probarse por testigos si excediere de la cantidad de dos unidades tributarias, a falta de un principio de prueba por escrito.

105. Capacidad del fiador.— El art. 2350 dispone, en su inc. 1º, que “el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal”.

¹⁹ “Constitúyete fiador y te pondrás al borde de la ruina”, decía una inscripción del oráculo de Delfos.

Por su parte, el artículo 2342 del Código Civil dispone: “las personas que se hallen bajo potestad patria o bajo tutela o curaduría, sólo podrán obligarse como fiadores en conformidad a lo prevenido en los títulos *De la patria potestad* y *De la administración de los tutores y curadores*. Si el marido o la mujer, casados en régimen de sociedad conyugal quisieren obligarse como fiadores, se observarán las reglas dadas en el título *De la sociedad conyugal*. ”

a) En los títulos referidos solamente se consignan reglas especiales relativas a la condiciones en que pueden obligarse como fiadores los pupilos.

Para obligarse el pupilo como fiador, con arreglo a lo dispuesto en el art. 404, se requiere: a) que medie una previa autorización judicial; b) que la fianza se otorgue en favor del cónyuge, de un descendiente o ascendiente legítimo o natural; y c) que se invoque una “causa urgente y grave”.

b) La fianza, como los demás actos que otorgue el hijo de familia, deben ser autorizados o ratificados por el padre (art. 254).

La fianza obliga directamente al padre y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que reporte. La responsabilidad del hijo es remota porque la fianza es por su naturaleza gratuita; no reporta beneficio al fiador, con excepción de la fianza remunerada.

c) La mujer casada en régimen de sociedad conyugal, necesita autorización del marido o del juez en subsidio.

En conformidad al art. 1751 del Código Civil, toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido, es, respecto de terceros, deuda del marido y, por consiguiente, de la sociedad conyugal; y el acreedor no podrá perseguir el pago de esta deuda sobre los bienes propios de la mujer, sino sólo sobre los bienes de la sociedad y sobre los bienes propios del marido.

Si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, registrará lo dispuesto en el artículo 2151, esto es, no obliga respecto de terceros al mandante, sino sólo sus bienes propios.

Por último, por aplicación *a contrario sensu* del inciso segundo del art. 1751, y 137 (modificados por la Ley N° 18.802) entendemos que la mujer casada que afianza una obligación, sin autorización del marido, sólo obliga los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167 todos del Código Civil. En efecto, el art. 1751 se remite al art. 2151 para el caso que la mujer exceda la autorización del marido, estableciendo una sanción particular, distinta de la nulidad. El artículo 137 dispone, a su turno, que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167. Alguna doctrina agrega, que deben incluirse también entre estos bienes, a los contemplados en el art. 1724 del Código Civil (Rodríguez Grez, Pablo, "Regímenes Patrimoniales". Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 81).

d) Hoy día la ley también impone limitaciones respecto del marido.

El artículo 1749 del Código Civil dispone que si el marido se constituye avalista, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios.

Para obligar los bienes de la sociedad conyugal, requiere autorización de la mujer, la que deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.

La autorización a que se refiere el citado artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación de la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá

asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales.

e) En conformidad a la Ley N° 19.335, art. 3°, que agregó el art. 1792-3 al Código Civil (que creó el régimen de participación en los gananciales), ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando se ha pactado ese régimen patrimonial en el matrimonio. Si se hace, el acto adolece de nulidad relativa (art. 1792-4 del Código Civil).

f) La mujer separada de bienes, o la divorciada a perpetuidad, puede obligarse como fiadora sin limitaciones. Lo mismo ocurre con la mujer que actúa en ejercicio de su patrimonio reservado, en conformidad al art. 150 del Código Civil.

106. Objeto de la fianza.— La obligación principal puede ser de dar, hacer o no hacer; pero la obligación del fiador será siempre de dar y, todavía, de dar una suma de dinero.

El art. 2343, inc. 2°, expresa que el fiador “puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor”; y añade que “la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza” (inc. 4°).

Si la obligación afianzada es de hacer, el fiador no se obliga a ejecutar el hecho en lugar del deudor; garantiza únicamente el pago de los perjuicios que la infracción acarree al acreedor.

La obligación de no hacer se resuelve en la de indemnizar perjuicios si el deudor la contraviene y no puede

deshacerse lo hecho. La fianza de una obligación de esta especie no hace responsable al fiador, tampoco, sino de estos perjuicios derivados del incumplimiento.

El art. 2343, inc. 3º, dispone: “Afianzando un hecho ajeno [positivo o negativo] se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva”.

107. La causa en la fianza.— ¿Cuál es la causa de la obligación del fiador?

Puede responderse a esta interrogante que, en la fianza gratuita, la causa de la obligación del fiador se encuentra en su liberalidad, en su deseo de servir; en la fianza remunerada, la causa se encontraría en la remuneración ofrecida al fiador.

En suma, gratuita o remunerada, la causa de la obligación del fiador debería buscarse en sus relaciones con el deudor principal.

Pero, de inmediato, surgen estas dos objeciones: a) el deudor es extraño al contrato de fianza; y b) como extraño que es, el deudor permanecerá, a veces, ignorante de los motivos que induzcan al fiador a obligarse.

Como la fianza es un contrato que se celebra entre acreedor y fiador, la causa ofrecería la curiosa peculiaridad de no formar parte del acuerdo de voluntades de los contratantes —acreedor y fiador— y constituiría un elemento extraño al contrato.

La obligación del fiador para con el acreedor se encontraría separada de su causa; sería una obligación abstracta.

Como es lógico, los anticausalistas están de plácemes. No se comprende que si la causa es un elemento indispensable, sea un factor extraño al contrato y sin influencia en él.

La causa, el motivo que induce al fiador a obligarse, se confunde con el consentimiento.

108. Existencia de una obligación principal.— Como consecuencia de su carácter accesorio, la fianza requiere una obligación principal a que acceda.

a) La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural (art. 2338).

Tiene la fianza de obligaciones naturales la peculiaridad de que el fiador no goza del beneficio de excusión ni del beneficio de reembolso²⁰.

b) La obligación garantizada puede ser pura y simple o sujeta a modalidad. “Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo” (art. 2339, inc. 1º).

Las modalidades de la obligación principal se comunican a la fianza²¹.

c) Se puede, en fin, afianzar obligaciones presentes y futuras.

109. Fianza de obligaciones futuras.— El art. 2339 autoriza la constitución de una fianza para garantía de una obligación futura y reglamenta sus consecuencias.

De este modo, la fianza puede otorgarse con anterioridad a la constitución de la obligación principal.

Parece este aserto ser contrario al carácter accesorio de la fianza; pero lo que caracteriza el contrato accesorio no es que no pueda “existir” sin una obligación principal, sino que no pueda “subsistir” sin ella²².

La fianza de obligaciones futuras otorga al que afianza la facultad de retractarse, mientras no llegue a existir la obligación principal. El art. 2339 dispone que “en este caso po-

²⁰ Véase “De las obligaciones”, N° 76.

²¹ Véase N° 93.

²² Véase el t. I, N° 11.

drá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista”.

La facultad de retractarse, concedida al fiador, no se justifica. Sin duda que, mientras no exista obligación principal, no hay fianza; el fiador de una obligación futura no resultará obligado, sino cuando se perfeccione la obligación principal.

Pero la verdad es que la fianza de una deuda futura es una obligación condicional, sujeta a la condición de existir la deuda; y es evidente que una persona condicionalmente obligada no puede retractarse antes del cumplimiento de la condición²³.

Pero la facultad de retractarse el fiador tiene una importante limitación. Pese a la retractación, queda “responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del art. 2173” (art. 2339).

En suma, para liberarse de toda responsabilidad, el fiador debe dar aviso de su retractación.

4. *Obligación de rendir fianza y calidades del fiador*

110. Personas obligadas a rendir fianza.— El fiador se obliga siempre en virtud de su libre declaración de voluntad; nadie puede estar obligado jamás a constituirse fiador si no consiente en ello. Pero el deudor suele verse en la necesidad de procurar un fiador a su acreedor, a petición de éste.

a) Está obligado a rendir fianza “el deudor que lo haya estipulado” (art. 2348, N° 1°).

²³ Baudry-Lacantinerie, ob. cit., t. XXI, N° 950.

El deudor que se obligó a proporcionar un fiador debe cumplir lo pactado²⁴.

b) Debe rendir fianza “el deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación” (art. 2348, N° 2°).

Por facultades del deudor se entiende su poder de pago, su capacidad económica. El juez aprecia soberanamente las circunstancias que hagan manifiesto el peligro de que el acreedor no sea satisfecho de su crédito.

c) Es obligado a prestar fianza “el deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones” (art. 2348, N° 3°).

Es menester, por consiguiente, que concurren los siguientes requisitos copulativos: a) temor de que el deudor se ausente del país; b) ánimo de permanecer en el extranjero; y c) que no deje en el país bienes bastantes.

d) Por último, está obligado a rendir fianza el deudor cuyo fiador se torna insolvente. El art. 2349 dispone: “Siempre que el fiador dado por el deudor cayere en insolvencia, será obligado el deudor a prestar nueva fianza”.

La fianza de un insolvente no procura al acreedor ninguna garantía; por este motivo el deudor debe dar un nuevo fiador²⁵.

²⁴ La obligación del deudor es de hacer; en el hecho, sin embargo, para reclamar su cumplimiento, el acreedor tiene sólo el derecho que le confiere el N° 1° del art. 1553; que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

²⁵ Es curioso anotar que Bello siguió en su Proyecto de 1853 un criterio radicalmente contrario: “Si se hace insolvente el fiador, no es obligado el deudor a prestar nueva fianza” (art. 2514).

111. Calidades que debe reunir el fiador.— El deudor que está obligado a proporcionar un fiador, no puede dar uno cualquiera.

Las calidades que debe reunir el fiador se refieren a su capacidad, a su solvencia y a su domicilio.

El art. 2350 dispone: “El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal, que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones”.

En cuanto a la capacidad del fiador, se trató anteriormente²⁶. Ahora corresponde examinar los requisitos relativos a su solvencia y domicilio.

112. Solvencia del fiador.— La solvencia del fiador consiste, de acuerdo con el art. 2350, en que “tenga bienes más que suficientes” para hacer efectiva la fianza.

Pero la ley no ha querido dar al juez un poder enteramente discrecional y ha fijado las bases según las cuales debe estimar la solvencia.

a) Desde luego, por regla general, para apreciar la solvencia del fiador, sólo se considerarán sus bienes raíces. El art. 2350, inc. 2º, dispone que “para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada es módica”.

Es ésta una reminiscencia del viejo adagio *res mobilis res vilis*, carente por completo de significado actual.

b) Pero no todos los inmuebles pueden ser tomados en cuenta.

²⁶ Véase el N° 105.

1. No se tomarán en cuenta los inmuebles situados fuera del territorio del Estado. Deben estar situados los bienes raíces en cualquier parte del territorio nacional, por lejana que sea²⁷.

2. No se considerarán, tampoco, los bienes sujetos a hipotecas gravosas. Será gravosa la hipoteca de un valor considerable, en relación con el que tenga la finca; será gravosa, asimismo, cuando lo sean las condiciones de la obligación caucionada.

Como los acreedores hipotecarios gozan del derecho de pagarse preferentemente, las fincas fuertemente gravadas constituyen una garantía puramente nominal para otros acreedores.

3. Se excluyen igualmente los inmuebles sujetos a condiciones resolutorias.

La existencia de una condición resolutoria expone al fiador a perder sus derechos y con ello desaparecería la expectativa del acreedor de pagarse con los bienes afectos a tal condición. Tal es el caso del inmueble por cuya compra deba el fiador un saldo de precio, en que la condición consiste en que no se pague dicho saldo.

4. No se tomarán en consideración los inmuebles embargados. La enajenación por el acreedor de bienes ya embargados por otros acreedores es siempre engorrosa.

5. Tampoco se toman en cuenta los inmuebles litigiosos. Para estos efectos deben considerarse litigiosos no sólo los bienes que son actualmente materia de un litigio, sino también aquellos cuyos títulos adolezcan de defectos que hagan prever un litigio.

²⁷ Los Códigos francés e italiano, con mejor acuerdo, se limitan a expresar que los bienes no deben estar tan alejados que se haga gravosa su persecución.

Puesto que se trata de establecer los bienes con que el fiador puede contar con certeza, tanto da que el litigio esté iniciado o que sea inminente.

6. El art. 2350 concluye: “Si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con éstos”.

El fiador, en tal caso, por el gran volumen de su pasivo, no es solvente.

113. Domicilio del fiador.— El fiador debe tener o señalar domicilio dentro del territorio jurisdiccional de la “respectiva” Corte de Apelaciones.

El domicilio está íntimamente relacionado con el lugar en que debe cumplirse la obligación y, por consiguiente, el fiador debe estar domiciliado o fijar domicilio en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones del lugar del pago. Esta es, razonablemente, la Corte “respectiva”.

5. *Efectos de la fianza*

114. División de la materia.— Los efectos de la fianza deben enfocarse desde un triple punto de vista:

1. Efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador;
2. Efectos de la fianza entre el fiador y el deudor; y
3. Efectos de la fianza entre los cofiadores.

Tratan de estas materias, respectivamente, los párrafos 2º, 3º y 4º del Título XXXVI.

1) Efectos entre acreedor y fiador

115. Distinción.— Los efectos de la fianza entre acreedor y fiador deben considerarse en dos momentos: antes y después que el primero reconvenga al segundo.

Los efectos de la fianza anteriores a la reconvencción del fiador se refieren a la facultad de éste de pagar la deuda y de exigir que el acreedor, desde que se haga exigible la obligación, proceda contra el principal deudor.

Los efectos posteriores dicen relación con los medios de defensa con que cuenta el fiador.

116. Facultad del fiador de anticiparse a pagar la deuda.— El art. 2353 dispone: “El fiador podrá hacer el pago de la deuda, aun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiese hacerlo el deudor principal”.

El fiador puede, por cierto, cumplir la obligación que se ha hecho exigible. Podrá también cumplir la obligación a plazo, mientras se encuentre pendiente, cada vez que se trate de un término establecido en beneficio del deudor que, por lo mismo, puede renunciar.

Pero el fiador que paga antes del vencimiento del plazo debe esperar que se cumpla para ejercitar contra el deudor la acción para el reembolso de lo que pagó anticipadamente.

El art. 2373 consagra esta justa solución: “El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal, no podrá reconvenir al deudor, sino después de expirado el plazo”.

Del pago anticipado que el fiador verifique pueden seguirse consecuencias perjudiciales para el deudor. La precipitación del fiador puede privar al deudor de la oportunidad de oponer excepciones personales suyas y determinar que el deudor pague la deuda ya satisfecha por el fiador.

Por esto el fiador debe dar aviso al deudor antes de efectuar el pago. La omisión del aviso produce importantes consecuencias:

a) El deudor puede oponer al fiador todas las excepciones que pudo oponer al acreedor (art. 2377, inc. 1°);

b) Pierde el fiador el derecho para que se le reembolse, si el deudor paga la deuda ignorando que el fiador la había satisfecho (art. 2377, inc. 2º).

117. Facultad del fiador de exigir que se proceda contra el deudor.— Cuando se hace exigible la obligación principal, el fiador esperará, regularmente, que el acreedor tome la iniciativa. Pero la ley le autoriza, sin esperar que el acreedor le reconvenga, para exigir que se proceda de inmediato contra el deudor principal.

El art. 2356 dispone: “Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal”.

De este modo, el fiador puede poner fin a un estado de incertidumbre acerca de su responsabilidad y evitar que la negligencia del acreedor deje transcurrir el tiempo sin perseguir al deudor, con riesgo de que éste caiga en insolvencia, perjudicando su acción de reembolso.

Por este motivo, si requerido por el fiador, el acreedor omite perseguir al deudor, “no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevinida durante el retardo” (art. 2356).

En otros términos, la insolvencia sobreviniente del deudor pone fin a la responsabilidad del fiador.

118. Iniciativa del acreedor.— Puede el acreedor perseguir al fiador desde que la obligación se hace exigible; no es menester que primeramente persiga al deudor principal.

La definición del art. 2335 establece que el fiador se obliga a cumplir en todo o parte la obligación, “si el deudor principal no la cumple”. Pero, en verdad, la obligación del fiador no es condicional, subordinada al evento futuro e incierto de que el mismo deudor no la satisfaga. El bene-

ficio de excusión o de orden de que goza el fiador no importa que el acreedor deba necesariamente perseguir primero al deudor; es facultativo para el fiador oponerlo y sólo en caso de que lo invoque, el acreedor debe accionar primeramente contra el deudor principal.

La definición del art. 2335 contiene en germen el beneficio de excusión; además, deja en claro que si el deudor paga, el fiador no tiene ninguna obligación.

119. Defensas del fiador.— Rotas las hostilidades entre acreedor y fiador, procede examinar cómo éste puede defenderse.

Las defensas del fiador consisten en:

- a) el beneficio de excusión;
- b) el beneficio de división;
- c) la excepción de subrogación; y
- d) excepciones reales y personales.

a) Beneficio de excusión

120. Concepto.— La naturaleza misma de la fianza justifica el beneficio de excusión. Sin duda que el fiador no ignora que se expone a pagar por el deudor; pero el solo hecho de que se obligue prueba que se forja la ilusión de que el deudor ejecutará cumplidamente la prestación debida.

Su buena voluntad merece una protección: que no se le persiga en sus bienes sino en defecto del deudor. El art. 2357 dispone: “El fiador reconvenido goza del *beneficio de excusión*, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”.

La disposición pone de manifiesto que el beneficio de excusión es facultativo para el fiador: “podrá exigir” que se persiga primero al deudor o abstenerse de hacerlo.

121. Casos en que el acreedor es obligado a practicar la excusión.— Es facultativo para el fiador oponer el beneficio de excusión. Sin embargo, en ciertos casos, el acreedor está obligado a practicar la excusión, como requisito previo indispensable para proceder contra el fiador.

a) En primer lugar, deberá el acreedor practicar la excusión cuando así se haya estipulado expresamente.

b) En segundo lugar, se entenderá que el acreedor es obligado a la excusión cuando el fiador, expresa e inequívocamente, “no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor” (art. 2365, inc. 2º).

Como el fiador ha limitado su responsabilidad a lo que no pueda obtenerse del deudor, es lógico que el acreedor deba perseguir primero a éste.

Obligándose de esta manera, el fiador no es responsable de la insolvencia del deudor, con tal que concurren las circunstancias siguientes: a) que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar; y b) que haya sido negligente en servirse de ellos.

Para que se entienda que el acreedor ha tenido medios suficientes será menester que disponga de acción contra el deudor y que éste tenga bienes en cantidad bastante.

122. Requisitos del beneficio de excusión.— Los requisitos que hacen procedente el beneficio de excusión son tres, a saber:

- a) que el fiador no esté privado del beneficio;
- b) que lo oponga en tiempo oportuno; y
- c) que señale al acreedor bienes del deudor para perseguir el cumplimiento de la obligación.

123. Casos en que el fiador no goza del beneficio de excusión.— El beneficio de excusión es de la naturaleza de la fianza; puede el fiador, en consecuencia, estar privado de este beneficio sin que por ello resulte ineficaz el contrato o degenerare en un contrato diverso.

a) No goza del beneficio de excusión el fiador que lo ha renunciado expresamente (art. 2358, N° 1°).

El art. 2360 deja en claro que “por la renuncia del fiador principal no se entenderá que renuncia el subfiador”.

Aunque la ley establece que la renuncia debe ser expresa, podría ser tácita si el fiador no invoca el beneficio en tiempo oportuno.

b) Tampoco goza del beneficio el fiador que se ha obligado solidariamente. Para disponer del beneficio de excusión es menester “que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario” (art. 2358, N° 2°).

En sus relaciones con el acreedor, el fiador y codeudor solidario es un codeudor. En sus relaciones con el deudor o deudores, es un fiador (art. 1522).

c) No goza del beneficio de excusión el fiador de una obligación natural; es preciso “que la obligación principal produzca acción” (art. 2358, N° 3°).

Se comprende que es absurdo que el fiador pueda exigir al acreedor que persiga primeramente al deudor contra quien carece de acción.

d) En fin, no dispone del beneficio de excusión el fiador en la fianza judicial; para que goce de esta ventaja es preciso “que la fianza no haya sido ordenada por el juez” (art. 2358, N° 4°).

El fiador debe gozar siempre del beneficio; cualquiera que sea la clase de fianza de que se trate, siempre su obligación proviene del mismo origen: su libre voluntad.

Por otra parte, no se justifica que el fiador esté privado del beneficio de excusión en la fianza judicial y no en la legal.

124. Oportunidad para oponer el beneficio de excusión.–

El art. 2358, N° 5°, previene que para gozar del beneficio de excusión es menester “que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiera”.

Pero el Código de Procedimiento Civil ha precisado la oportunidad en que el beneficio de excusión debe invocarse. Si se tratare de un juicio ordinario, debe oponerse en el término para contestar la demanda y constituye una excepción dilatoria (arts. 303, N° 5°, y 305); en el juicio ejecutivo debe hacerse valer en el escrito de oposición a la ejecución (arts. 464, N° 5°, y 465).

Ha consultado el Código de Procedimiento Civil la oportunidad en que puede oponerse el beneficio de excusión, cuando el deudor adquiere posteriormente bienes.

En tal caso, sólo podrá oponerse como alegación o defensa; tan pronto como el fiador tenga conocimiento de haber sobrevenido bienes al deudor (art. 305, inc. 2°).

125. Señalamiento de bienes del deudor.– No puede el fiador limitarse a exigir al acreedor que se dirija contra el deudor principal: debe señalar los bienes del deudor en que debe perseguir primeramente la deuda. El art. 2358, N° 6°, exige, como condición del beneficio, “que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal”.

a) No se tomarán en cuenta para la excusión los bienes que señala el art. 2359, bien por las dificultades de su realización, bien porque resulta problemático que el acreedor pueda satisfacerse con ellos.

No se tendrán en cuenta:

1. Los bienes existentes fuera del territorio del Estado (art. 2359, N° 1°);
2. Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro (art. 2359, N° 2°);

3. Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria (art. 2359, N° 3°);

4. Los bienes hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas (art. 2359, N° 4°).

b) No es preciso que los bienes sean bastantes para obtener un pago total.

El art. 2364 así lo pone de manifiesto: “Si los bienes excutidos no produjeren más que un pago parcial de la deuda, será, sin embargo, el acreedor obligado a aceptarlo y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte insoluta”.

Pero los bienes excutidos han de ser suficientemente importantes para que pueda obtenerse un resultado apreciable y serio; de otro modo el beneficio de excusión constituiría una burla para el acreedor.

126. Costos de la excusión.— Tiene el acreedor derecho para que el fiador le anticipe los costos de la excusión (art. 2361, inc. 1°).

No está obligado el fiador a proporcionar de inmediato los fondos, so pena de que se rechace su excepción. El suministro de los costos no es condición o requisito del beneficio de excusión²⁸. Debe el fiador anticipar los gastos siempre que el acreedor se lo exija.

La razón del anticipo de los gastos es obvia: a) el juicio en que el acreedor persiga al deudor puede redundar en provecho del fiador, quien se liberará total o parcialmente de la obligación; y b) el fiador no recurrirá al beneficio de excusión con fines puramente dilatorios, si debe anticipar los gastos.

²⁸ El Código siguió a Pothier y se apartó del Código francés. El art. 2123 del Código francés exige que el acreedor avance los fondos necesarios, como requisito para que sea admisible el beneficio.

A falta de acuerdo de las partes, el juez regulará el monto del anticipo, “y nombrará la persona en cuyo poder se consigne, que podrá ser el acreedor mismo” (art. 2361, inc. 2º).

El art. 2361 concluye que “si el fiador prefiere hacer la excusión por sí mismo, dentro de un plazo razonable, será oído”.

127. El beneficio de excusión procede una vez.— El art. 2363 establece perentoriamente: “El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez”.

El fiador debe señalar todos los bienes del deudor y no podrá pretender, a pretexto de que la excusión no produjo resultado o los bienes fueron insuficientes, señalar otros bienes del deudor.

La regla tiene una sola excepción: salvo que los bienes “hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal” (art. 2363, inc. 2º).

128. El beneficio de excusión en las obligaciones solidarias.— El fiador debe señalar para la excusión los bienes del deudor a quien afianzó.

La regla sufre excepción en las obligaciones solidarias. El art. 2362 dispone: “Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho para que se excutan no sólo los bienes de este deudor, sino de sus codeudores”.

El fiador de uno de los deudores solidarios es considerado, en cierto modo, como fiador de todos.

Existe entre los arts. 2362 y 2373 una notoria antonomia. Mientras el primero considera al fiador de uno de los varios deudores como fiador de todos, el segundo sólo le da acción de reembolso contra el que expresamente afianzó.

129. Beneficio de excusión del subfiador.— El subfiador —fiador del fiador— goza ciertamente del beneficio de excusión respecto del fiador.

Pero el art. 2366 le otorga el mismo beneficio respecto del deudor principal: “El subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal”.

130. Efectos del beneficio de excusión.— Los efectos del beneficio de excusión se resumen como sigue:

a) Como excepción dilatoria que es, el beneficio de excusión suspende la entrada a juicio, tanto como el acreedor demore en practicar la excusión. Mientras tanto, el fiador queda liberado de pagar.

b) El acreedor queda obligado a practicar la excusión, a perseguir al deudor principal. El art. 2365, inc. 1º, prescribe: “Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de lo bienes que para la excusión hubiere señalado”.

El fiador se libera hasta concurrencia del valor de los bienes que señaló para la excusión y que el acreedor, por negligencia suya, dejó escapar.

El fiador, por lo tanto, quedará libre de toda responsabilidad si los bienes excutidos cubrían íntegramente la deuda; en caso contrario, su liberación será sólo parcial.

c) Si los bienes excutidos no son suficientes, el acreedor deberá resignarse a recibir un pago parcial. Solamente puede perseguir al fiador por el saldo insoluto (art. 2364).

Supóngase que la obligación ascendía a \$ 50.000, que la fianza se limitó a \$ 25.000 y que el acreedor obtuvo el pago de sólo \$ 20.000.

Se ha resuelto que el pago debe imputarse a la parte afianzada de la deuda²⁹.

²⁹ R. de D. y J., t. VIII, I, pág. 288.

b) Beneficio de división

131. Concepto.— El beneficio de división sólo tiene lugar cuando existe pluralidad de fiadores. Si son varios los fiadores, “se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa” (art. 2367).

La responsabilidad de los cofiadores fue solidaria en el Derecho Romano, hasta que el emperador Adriano introdujo el beneficio de división.

El Código alemán, en su art. 769, dispone: “Si hay varios fiadores por la misma obligación, serán considerados deudores solidarios, aun cuando no hayan afianzado en común”.

El Código francés, en su art. 2025, proclama a los varios fiadores obligados al total de la deuda; pero el art. 2026 añade que, a menos que hayan renunciado al beneficio de división, podrán exigir que el acreedor divida previamente su acción y la reduzca a la porción de cada fiador. La división no se produce, pues, de pleno derecho.

La división de la deuda entre los cofiadores, en nuestro Código, se opera de pleno derecho.

Mientras el beneficio de excusión es una excepción dilatoria, el beneficio de división es una excepción perentoria.

132. Requisitos del beneficio de división.— Para gozar los fiadores del beneficio de división se requieren las siguientes condiciones:

a) que los fiadores “no se hayan obligado solidariamente al pago” (art. 2367).

La estipulación de la solidaridad es una enérgica renuncia al beneficio de división.

b) que los fiadores lo sean de un mismo deudor y de una misma deuda.

El art. 2368 dispone expresamente: “La división prevenida en el artículo anterior tendrá lugar entre los fiadores

de un mismo deudor y por una misma deuda, aunque se hayan rendido separadamente las fianzas”.

133. Forma de la división.— Por regla general, la división de la deuda entre los fiadores se hace por partes iguales o cuotas viriles.

La regla tiene dos excepciones:

a) La división de la deuda se verifica entre los fiadores solventes.

El art. 2367, inc. 2º, dispone: “La insolvencia de un fiador gravará a los otros; pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está”.

Como consecuencia, por ejemplo, si son tres los fiadores y uno de ellos cae en insolvencia, la deuda se dividirá entre dos³⁰. La insolvencia determina que se divida la deuda entre los solventes y que a éstos corresponda una cuota mayor.

b) Tampoco se verificará por partes iguales la división de la deuda cuando alguno de los fiadores haya limitado su responsabilidad a una determinada suma. El art. 2367 concluye: “El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota”.

La suma o cuota a que ha limitado su responsabilidad el fiador puede ser menor que la que le correspondería a consecuencias de la división en partes iguales de la deuda; los cofiadores, en tal caso, también deberán concurrir con una cuota mayor.

³⁰ Por ser la obligación de los fiadores simplemente conjunta, no debió gravarse a los fiadores con la insolvencia de los cofiadores. Véanse los arts. 1355 y 1363.

c) Excepción de subrogación

134. Concepto.— El fiador que se obliga tiene ciertamente en cuenta que, si es constreñido a pagar, podrá repetir contra el deudor. Más aún, con arreglo al art. 1610, N° 3°, se subroga en los derechos del acreedor.

Para que el fiador pueda subrogarse eficazmente es menester que el acreedor conserve sus acciones. Perdidas estas acciones, puesto el fiador en la imposibilidad de subrogarse, queda indefenso para obtener el reembolso de lo que pagó.

Pues bien, el art. 2381, N° 2°, dispone que se extingue la fianza “en cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse”.

La extinción de la fianza será total o parcial, según las circunstancias. El art. 2355 señala en qué medida se opera esta extinción: “Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal”.

Tal sería el caso del acreedor que remitiera una prenda o consintiera en el alzamiento de una hipoteca constituida por el deudor³¹.

Mediante la excepción de subrogación, pues, el fiador puede, según las circunstancias, obtener que se rebaje la demanda del acreedor y, aun, que se le declare libre de toda responsabilidad.

³¹ R. de D. y J., t. XXVII, I, pág. 513.

d) Excepciones reales y personales

135. Concepto y referencia.— Además de las excepciones señaladas, típicas de la fianza, el fiador puede oponer al acreedor toda clase de excepciones reales y las personales suyas³².

Se denominan excepciones reales “las inherentes a la obligación principal” y personales las que provienen de circunstancias particulares del obligado.

El art. 2354 dispone: “El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir”.

a) Llama la atención que la ley considere excepciones reales las de dolo o violencia, o mejor dicho, la de nulidad relativa que provenga de fuerza o dolo.

En verdad, tales excepciones son personales porque la nulidad sólo puede pedirla la víctima del vicio (art. 1684).

Sin embargo, el fiador puede oponer la excepción de nulidad fundada en estas causales. El carácter accesorio de la fianza justifica esta regla excepcional; anulada la obligación principal, se extingue la fianza.

La solución es diametralmente diversa en las obligaciones solidarias. Extinguida por la vía de la nulidad la obligación de uno de los deudores solidarios, no hay inconveniente para que subsista la obligación de los demás.

b) La excepción de cosa juzgada compete al que ha obtenido en el juicio y a todos aquellos a quienes, según la ley, aprovecha el fallo (art. 177 del C. de P. Civil).

³² Véase “De las obligaciones”, N^{os} 241 y sgtes. En esta parte cabe sólo referirse a algunas peculiaridades de la fianza.

El fiador, por lo tanto, puede aprovecharse de la cosa juzgada proveniente del fallo que absuelve al deudor principal.

2) Efectos entre el fiador y el deudor

136. Ideas generales.— 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.

Por este motivo, los efectos de la fianza entre deudor y fiador deben considerarse en dos momentos: antes y después de verificado el pago.

a) Efectos anteriores al pago

137. Derechos del fiador antes del pago.— Ciertas circunstancias pueden sobrevenir que inspiren al fiador el justo temor de que no logrará que se le reembolse una vez efectuado el pago y de que sus acciones con tal objeto resultarán ilusorias.

En tales circunstancias, “el fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago” (art. 2369, inc. 1°).

a) El fiador tiene derecho, en primer término, a que el deudor obtenga que se le releve de la fianza; no puede llevarle él mismo porque es extraño al contrato.

b) Puede, asimismo, exigir que el deudor le caucione las resultas de la fianza.

La caución puede consistir en una hipoteca, una prenda o una fianza. Esta fianza se denomina contrafianza³³.

c) Por último, el fiador puede exigir del deudor que consigne medios suficientes para efectuar el pago.

¿Quién elige entre las medidas indicadas: el fiador o el deudor? Por tratarse de una obligación alternativa, la elección corresponde al deudor (art. 1500, inc. 2°).

No se conceden los derechos indicados “al que afianzó contra la voluntad del deudor” (art. 2369, inc. final).

138. Circunstancias que autorizan al fiador para ejercitar estos derechos.— El art. 2369 enumera taxativamente las circunstancias que autorizan al fiador para ejercitar los derechos anotados:

a) Cuando el principal deudor “disipa o aventura temerariamente sus bienes” (art. 2369, N° 1°).

b) Cuando el deudor se obligó a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y ha vencido este plazo (art. 2369, N° 2°).

c) Cuando se ha cumplido la condición o vencido el plazo y se hace, en consecuencia, exigible la obligación en todo o parte (art. 2369, N° 3°).

³³ Menester es no confundir la contrafianza con la subfianza. Subfiador es el que afianza al fiador; contrafiador es el que afianza al deudor ante el fiador.

En tal caso, el fiador tiene derecho, además, para exigir que el acreedor persiga al deudor; y si el acreedor retarda su acción, “no será responsable por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo” (art. 2365).

d) Cuando hubieren transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza (art. 2369, N° 4°).

No podrá el fiador, sin embargo, ejercer contra el deudor los derechos que la ley le acuerda, aunque hayan transcurrido cinco años:

1. Si la fianza se ha constituido por un tiempo determinado más largo; y

2. Si la fianza se contrajo para asegurar obligaciones que no están destinadas a extinguirse en un tiempo determinado, como las de los tutores o curadores, del usufructuario, de los empleados que recaudan o administran rentas públicas.

e) Cuando haya temor fundado de que el deudor principal se fugue, no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda (art. 2369, N° 5°).

139. Aviso mutuo de fiador y deudor antes de pagar la deuda.— Fiador y deudor están obligados, recíprocamente, a darse aviso del pago.

La falta de oportuno aviso puede traer como consecuencia que uno pague lo que el otro ha pagado y privarles de excepciones que podrían haber hecho valer.

a) Si el deudor paga sin dar aviso al fiador, “será responsable para con éste de lo que, ignorando la extinción de la deuda, pagare de nuevo; pero tendrá acción contra el acreedor por el pago indebido” (art. 2376).

El deudor, pues, debe reembolsar al fiador y puede repetir contra el acreedor.

Es curioso observar que la ley reputa indebido el primer pago que hace el deudor al acreedor; en verdad, el pago indebido es el segundo, que hace el fiador.

b) Si paga el fiador sin aviso al deudor, se produce una doble consecuencia:

1. En caso de que el deudor pague la deuda por su parte, “no tendrá el fiador recurso alguno contra él, pero podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor por el pago indebido” (art. 2377, inc. 2°).

El fiador, en otros términos, no tiene derecho al reembolso, sino a repetir contra el acreedor.

La ley, en este caso como en el anterior, reputa indebido el primer pago que hace, esta vez, el fiador al acreedor.

2. El pago precipitado del fiador puede privar al deudor de las excepciones que pudo oponer al acreedor. Dichas excepciones puede oponerlas al fiador, cuando éste intente las acciones encaminadas al reembolso (art. 2377, inc. 1°).

b) Acción de reembolso

140. Acción personal o de reembolso.— La acción que pertenece al fiador, por derecho propio, emanada del contrato de fianza, se denomina acción personal o acción de reembolso.

Se la denomina acción personal en atención a su origen, porque es propia del fiador, a diferencia de la acción subrogatoria en que el fiador ejercita los derechos de su acreedor, cuyo lugar pasa a ocupar, en virtud de la subrogación que en su favor se opera.

¿Cuál es el fundamento de esta acción?

Si la fianza se constituye por encargo del deudor, es el resultado de un mandato. Es la acción derivada del mandato (*actio mandati contraria*) la que permitirá al fiador reembolsarse.

Si la fianza se otorga sin oposición del deudor, puede estimarse que existe una agencia oficiosa. El fiador habrá realizado una gestión útil al deudor y para reembolsarse dispondrá de la acción resultante de la gestión de negocios (*actio negotiorum gestorum contraria*).

La ley no hace distinciones al respecto. El art. 2370 dispone: “El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor”.

141. Extensión de la acción de reembolso.— La acción de reembolso permite al fiador quedar totalmente indemne de las consecuencias de la fianza. La equidad exige que no se le haga víctima de su devoción³⁴.

La acción de reembolso comprende: a) el capital pagado; b) los intereses; c) los gastos; y d) los perjuicios sufridos.

a) Debe el deudor reembolsar lo que el fiador “haya pagado por él” (art. 2370).

El reembolso comprende el capital de la obligación principal y sus intereses. De este modo, por ejemplo, si el capital de la deuda es de \$ 100.000 y los intereses de la misma suman \$ 10.000, el “capital”, para estos efectos, asciende a \$ 110.000³⁵.

b) Tiene el fiador, asimismo, derecho a que se le paguen los correspondientes intereses.

Resulta, así, que el deudor deberá pagar intereses de intereses. Pero no los pagará al fiador cuyo “capital” no hay razón para que permanezca improductivo.

³⁴ Baudry-Lacantinerie, ob. cit., t. III, N° 970.

³⁵ El art. 2028 del Código francés dispone: “Este recurso tiene lugar tanto por el principal” como por los intereses y los gastos.

Dos cuestiones importantes plantea el pago de intereses y se refieren al tipo de interés y al momento en que se devengan.

A falta de estipulación se devengan intereses corrientes (ver supra N° 41).

En el mismo sentido, en conformidad al art. 83 de la Ley N° 18.092, el titular de la acción cambiaria de reembolso, esto es, el avalista que ha pagado la letra, puede reclamar a las personas obligadas a éste:

– La suma íntegra que hubiere desembolsado con arreglo a la ley. Esta suma se reajustará desde la fecha del desembolso hasta la del reintegro, con arreglo a las normas del art. 14, y

– Los intereses corrientes sobre la cantidad que resulte de la aplicación del número anterior, calculados desde la fecha de desembolso hasta la de su reintegro.

Don Manuel Somarriva estima que entre el fiador y el deudor hay un verdadero mandato (“Tratado de las cauciones” N° 170), de lo que se concluye que el mandante sólo debe intereses al mandatario por los anticipos de dinero que haya efectuado. Estimamos, en todo caso, que la tesis de que entre deudor y fiador exista un mandato, constituiría un caso muy excepcional, por lo que, la regla general, es que se devenguen intereses corrientes.

c) La acción de reembolso comprende los gastos.

Se comprenden tanto los gastos ocasionados por la persecución del deudor y que el fiador haya debido pagar al acreedor, como los que le ocasione al fiador la demanda del acreedor en contra suya.

El art. 2370, inc. 3°, pone un límite al reembolso de los gastos: “Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador”.

Por consiguiente, se incluyen sólo los gastos prudentes que el fiador haya efectuado después de notificar al deudor la demanda que se ha instaurado en su contra. Es justo que los anteriores sean de cargo del fiador, porque advertido el deudor, probablemente, pudo evitarlos pagando.

d) También deben pagarse al fiador los perjuicios que haya sufrido. Sus bienes pueden haber sido embargados y vendidos a vil precio; como consecuencia del pago de la fianza, ha podido descuidar el pago de sus propias deudas.

Sin perjuicio de los intereses que la ley le otorga el derecho a cobrar puede reclamar otros perjuicios, en conformidad a las normas generales que gobiernan su indemnización.

142. Condiciones para el ejercicio de la acción de reembolso.— Cuatro condiciones o requisitos son necesarios para que el fiador pueda ejercitar la acción personal o de reembolso:

- a) que no se encuentre privado de la acción;
- b) que haya pagado la deuda;
- c) que el pago haya sido útil; y
- d) que entable la acción en tiempo oportuno.

143. Fiadores privados de la acción de reembolso.— Suele el fiador encontrarse privado de la acción de reembolso.

a) Está privado de la acción, por razones obvias, el fiador de una obligación natural, “cuando la obligación del principal deudor es puramente natural, y no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo” (art. 2375, N° 1°).

b) No tiene acción de reembolso el fiador que se obligó contra la voluntad del deudor principal (art. 2375, N° 2°).

Pero la ley agrega que gozará del derecho de reembolso “cuando se haya extinguido la deuda, y sin perjuicio del

derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar según las reglas generales”.

Hace el Código un juego de palabras. Sugiere que el fiador goza del beneficio de reembolso cuando afianzó sin oposición del deudor y carece de dicho derecho si se obligó contra su voluntad.

Para que goce del beneficio de reembolso el fiador debe haber extinguido la deuda. Si no la ha extinguido, háyase obligado con o sin la voluntad del deudor, no tiene acción de reembolso. La excepción del art. 2375 N° 2 es puramente nominal.

c) No tiene el fiador acción de reembolso cuando paga sin dar aviso al deudor y éste, por su parte, paga igualmente la deuda (art. 2377, inc. 2°).

El fiador no tiene acción contra el deudor; sólo le corresponde la de pago de lo no debido contra el acreedor.

144. Pago del fiador.— Para entablar la acción de reembolso es menester que el fiador haya pagado la deuda.

Aunque el Código se refiere al pago, es justo hacer extensiva la regla a los casos en que el fiador extinga la deuda por otro medio que le signifique un sacrificio pecuniario, como una dación en pago, una compensación.

Si la obligación se extingue por algún medio no oneroso para el fiador, es obvio que no tiene acción de reembolso.

Como consecuencia, el art. 2374 dispone: “El fiador a quien el acreedor ha condonado la deuda en todo o parte, no podrá repetir contra el deudor por la cantidad condonada, a menos que el acreedor le haya cedido su acción al efecto”.

145. El pago debe ser útil.— El pago del fiador debe ser útil, entendiéndose tal cuando ha sido capaz de extinguir la obligación.

Por este motivo, el art. 2375, N° 3, dispone que el fiador no tiene acción de reembolso “cuando por no haber sido válido el pago del fiador no ha quedado extinguida la deuda”.

146. La acción de reembolso debe interponerse oportunamente.— Como es lógico, el fiador debe deducir la acción de reembolso después del pago y, por regla general, podrá hacerlo inmediatamente de haberlo verificado.

Por excepción no podrá entablar la acción cuando la obligación principal no era aún exigible, esto es, si el fiador pagó anticipadamente.

El art. 2373 dispone: “El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal, no podrá reconvenir al deudor, sino después de expirado el plazo”.

Por otra parte, el fiador deberá entablar la acción antes de que prescriba. El plazo de prescripción es de cinco años, contados desde el pago o desde que se hizo exigible la obligación principal, en su caso.

147. Contra quién puede entablarse la acción.— La acción de reembolso se dirige contra el deudor; pero es menester hacer algunos distingos para determinar las condiciones en que el fiador puede ejercerla cuando son varios los deudores.

a) Si la obligación es simplemente conjunta, por la acción de reembolso el fiador sólo podrá reclamar la cuota que corresponda a cada uno de los deudores.

b) Si la obligación es solidaria, se hace indispensable una distinción: si el fiador afianzó a todos o a alguno de los deudores solidarios.

1. Cuando el fiador haya afianzado a todos los deudores, podrá pedir el reembolso del total a cualquiera. El art. 2372 dispone que “si hubiere muchos deudores princi-

pales y solidarios, el que los ha afianza a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda, en los términos del art. 2370”.

2. En caso de haber afianzado a uno de los deudores, el fiador puede reclamar el total al afianzado. El art. 2372 añade que “el fiador particular de uno de ellos sólo contra él podrá repetir por el todo”.

En otros términos, el fiador de uno de varios deudores solidarios no tiene acción de reembolso contra los codeudores no afianzados.

El fiador de uno solo de los deudores no puede repetir contra los demás “y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado” (art. 2372).

Privado de la acción de reembolso, tiene a salvo el fiador, en cambio, la acción subrogatoria, y por su intermedio puede cobrar a cada uno de los restantes codeudores su cuota, como si el pago lo hubiera efectuado el deudor afianzado.

c) Acción subrogatoria

148. Concepto.— El art. 1610, N° 3, prescribe que se opera la subrogación legal en favor del que paga una deuda ajena a la que está obligado subsidiariamente.

Cumplida por el fiador la obligación, se extingue respecto del acreedor satisfecho de su crédito, pero subsiste íntegramente en favor del fiador que efectuó el pago.

El fiador que paga, por lo tanto, dispone de dos acciones para lograr el reembolso; la acción personal y la acción subrogatoria.

Por lo general, la acción subrogatoria será más ventajosa porque permite al fiador gozar de las diversas garantías —privilegios, prendas e hipotecas— de que gozaba el acreedor.

La acción subrogatoria puede ser más eficaz, pero de alcance más restringido que la de reembolso. Por la pri-

mera, el fiador no puede reclamar intereses si el crédito no los devengaba en favor del acreedor, ni gastos, ni perjuicios.

149. Casos en que el fiador no goza de la acción subrogatoria.— Por excepción, el fiador no goza de la acción subrogatoria:

a) Como se comprende, no puede ejercer la acción subrogatoria el fiador de una obligación natural.

b) Tampoco dispone de esta acción el fiador que pagó sin dar aviso al deudor, que, ignorante de la extinción de la deuda, la pagare de nuevo.

El art. 2377 es terminante; el fiador no tiene contra el deudor “recurso alguno”. Solamente puede intentar contra el acreedor la acción de pago de lo no debido.

150. Contra quién se dirige la acción subrogatoria.— La acción subrogatoria puede el fiador encaminarla contra el deudor principal, contra los codeudores solidarios, contra los cofiadores.

Tal es la regla general del art. 1612; la subrogación tras pasa al fiador que paga todos los derechos del acreedor, “así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda”.

151. Diferencias entre la acción personal y la acción subrogatoria.— Un paralelo entre ambas acciones es útil para precisar los conceptos.

a) La acción personal o de reembolso corresponde al fiador por derecho propio. Por la acción subrogatoria el fiador ejercita los derechos del acreedor, como consecuencia de que le sustituye y ocupa su lugar.

b) La acción personal comprende todo lo que el fiador pagó, con intereses y gastos, y aun los perjuicios que hubiere

sufrido. La acción subrogatoria sólo faculta al fiador para reclamar, estrictamente, lo que pagó al acreedor.

c) La acción personal no tiene garantías de ninguna clase. La acción subrogatoria está rodeada de todas las garantías que aseguraban al acreedor el cumplimiento de la obligación.

d) En caso de pago parcial, el fiador que ejercita la acción personal concurre en igualdad de condiciones con el acreedor para el pago del saldo. Ejercitando la acción subrogatoria, el primer acreedor goza de preferencia (art. 1612, inc. 2°).

e) La prescripción de la acción de reembolso corre desde el pago y, excepcionalmente, desde que la obligación principal se hizo exigible cuando el fiador efectuó un pago anticipado. La prescripción de la acción subrogatoria corre desde que se hizo exigible la obligación principal en manos del primitivo acreedor.

d) Acción del fiador contra su mandante

152. Caso del fiador que se obliga por encargo de un tercero.— El fiador que se obliga por encargo de un tercero dispone, todavía, de una tercera acción; puede accionar contra el tercero por cuyo encargo se constituyó fiador.

El art. 2371 prescribe: “Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin perjuicio de la que le compete contra el principal deudor”.

Toca al fiador elegir la que juzgue más conveniente de las diversas acciones que le corresponden.

3) Efectos entre los cofiadores

153. Generalidades.— Cuando son varios los fiadores, la deuda se divide entre ellos, de pleno derecho, en cuotas iguales.

La división de la deuda en partes iguales no tiene lugar en caso de insolvencia de un cofiador o cuando se ha limitado la responsabilidad a una cuota o suma determinada³⁶.

154. Derechos del cofiador que paga más de lo que le corresponde.— El fiador que paga más de lo que le corresponde beneficia a sus cofiadores y tiene derecho a que le reembolsen el exceso pagado.

El art. 2378 dispone: “El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores”.

Supóngase que la cuota del fiador es de \$ 100.000 y paga \$ 250.000. Por el exceso de \$ 150.000 se subroga en los derechos del acreedor contra los demás fiadores. Y en cuanto a su cuota, podrá obtener su reintegro del deudor principal, por medio del ejercicio de la acción personal o de la acción subrogatoria.

En caso de insolvencia del fiador, la acción respectiva podrá intentarse contra el subfiador. El art. 2380 dispone: “El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores”.

155. Excepciones de los cofiadores.— Los cofiadores pueden oponerse, entre sí, las excepciones reales y las suyas personales.

³⁶ Véase el N° 133.

El art. 2379 expresa: “Los cofiadores no podrán oponer al que ha pagado, las excepciones puramente personales del deudor principal. Tampoco podrán oponer al cofiador que ha pagado, las excepciones puramente personales que correspondían a éste contra el acreedor y de que no quiso valerse”.

6. *Extinción de la fianza*

156. Extinción por vía consecucional y por vía directa o principal.— La fianza puede extinguirse por vía consecucional y por vía directa o principal.

Se extingue la fianza por vía de consecuencia cada vez que se extinga, por un medio legal, la obligación principal.

La fianza se extingue por vía directa cuando cesa la responsabilidad del fiador, aunque la obligación principal se conserve vigente.

La extinción de la fianza, por una u otra vía, puede ser total o parcial.

157. Extinción de la fianza por vía consecucional.— 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 consecuentemente no puede invocar (art. 2354).

158.– Extinción de la fianza por vía principal.– La fianza se extingue, asimismo, 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 ley se refiere en especial a la dación en pago y a la confusión como modos de extinguir la fianza.

La dación en pago extingue irrevocablemente la fianza, “aunque después sobrevenga evicción del objeto” (art. 2382)³⁷.

Por lo que a la confusión se refiere, el art. 2383 dispone: “Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá”.

La fianza tiene, además, modos peculiares de extinguirse.

a) 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.

b) Se opera asimismo la extinción de la fianza “cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las accio-

³⁷ Véase “De las obligaciones”, N° 593.

nes 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).

3. LA PRENDA

1. *Generalidades*

159. Concepto.— El art. 2384 dispone: “Por el contrato de *empeño* o *prenda* se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”.

La definición no es feliz, pero señala las características más salientes de la prenda, a saber: a) la prenda es un contrato; b) requiere la entrega de la cosa; c) recae sobre muebles; y d) constituye una caución.

Para precisar mejor el concepto del contrato conviene agregar a la definición sus principales consecuencias. La prenda, de este modo, puede ser definida como un contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, si el deudor no cumple la obligación garantizada.

El término prenda tiene una triple acepción; sirve para designar: a) el contrato precedentemente definido; b) la