

Document LTM16,400,926

Doctrine

Autores: Hernán Corral Talciani

Título: Solidaridad Obligacional. Diez estudios sobre sus aspectos civiles y procesales

TEXTO:

I. La interpretación tradicional y sus consecuencias

Muy frecuente, y al parecer típica de la contratación chilena, es aquella cláusula en virtud de la cual una persona se obliga con un acreedor como «fiador y codeudor solidario» de otra, cláusula que genera la duda de si estamos frente a la conocida institución de la fianza solidaria.

La opinión que, al menos desde la memoria de grado de Pescio (1926), ha prevalecido en nuestra doctrina es que la cláusula no contiene el pacto de una fianza solidaria, y que la de fiador solidario y la de fiador y codeudor solidario son estipulaciones diversas. Al primero se aplicarán todas las reglas de la fianza, salvo los beneficios de excusión y división; al «fiador y codeudor solidario», en cambio, se aplicarían las reglas de la solidaridad pasiva. ¿Cuál sería entonces el alcance que debiera darse a la inclusión de la palabra «fiador»? La respuesta es que tendría utilidad para preconstituir una prueba de que la persona así obligada no tiene interés en el negocio para el cual ha sido contraída la deuda, de modo que, conforme a lo dispuesto por el art. 1522 CC, en las relaciones internas (contribución a la deuda) será considerada como fiador y tendrá derecho a subrogarse para demandar el total de lo pagado al o a los deudores interesados¹.

Siguiendo a Pescio, Somarriva concluye que no es lo mismo obligarse como fiador solidario que como «fiador y codeudor solidario», ya que el primero no pierde su calidad de deudor subsidiario ni aun con respecto al acreedor, mientras que el segundo es un deudor directo en sus relaciones con el acreedor².

En el mismo sentido se pronuncia Vodanovic en su monografía sobre la fianza: el fiador solidario es un fiador que no tiene los beneficios de excusión y división, mientras que el «fiador y codeudor solidario» no solo está privado de esos beneficios, sino que queda sometido frente al acreedor a las demás reglas de la solidaridad³. La doctrina contemporánea se muestra conforme con este planteamiento, como puede verse en las obras de autores como Peñailillo⁴, Troncoso⁵, Barcia⁶ y Cuadra⁷.

II. La cuestión en la jurisprudencia

La famosa cláusula no es invento nuevo y los fallos publicados evidencian que ya durante el siglo XIX se usaba el «afianzo como codeudor solidario» o el «afianzo de *mancomun et in solidum*», suscitándose el problema de cuál era el régimen aplicable.

El primer caso del que tenemos noticia fue fallado por la Corte de Santiago en 1882. El acreedor demandó a la persona que había «afianzado como deudor solidario» a otra. El demandado alegó que el acreedor habría prorrogado el plazo al deudor principal, por lo que, según el art. 1649 del Código Civil, debía entenderse extinguida su obligación. Adujo también que, habiendo requerido al acreedor para que

demandara al deudor, ante su omisión debía estimarse extinguida su fianza en virtud del art. 2356 del mismo Código. El tribunal de primera instancia acogió las excepciones y rechazó la demanda. Por el contrario, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la garantía debía regirse por las normas de la solidaridad, de manera que no resultaban procedentes los arts. 1649 y 2356, que solo eran aplicables a los fiadores y no a los deudores solidarios (C. Stgo. 18 de octubre de 1882, *GT* 1882, N° 2652, p. 1490).

Varias sentencias de Cortes de Apelaciones han seguido este mismo criterio. Así, la Corte de Valparaíso sostuvo que si un acreedor demanda conjuntamente al deudor principal y a su «fiador y codeudor solidario», y luego desiste de la demanda contra el deudor principal, puede proseguir la acción contra el otro demandado (C. Valparaíso 25 de septiembre de 1917, *GT* 1917, N° 267, p. 820)⁸. Más explícitamente, la Corte de Santiago declara que no se aplica al «fiador y codeudor solidario» la caducidad de la fianza por prórroga del plazo prevista en el art. 1649 del Código Civil porque dicho fiador debe regirse por las reglas de la solidaridad (C. Santiago, 25 de septiembre de 1995, *GJ* N° 183, p. 76; 11 de julio de 2007, rol N° 6925-2002). También se observa esta doctrina en otra sentencia de la Corte de Santiago que entendió que la cláusula de «fiador y codeudor solidario» insertada en un pagaré podía hacerse valer también cuando el acreedor ejercitaba la acción ordinaria por estar prescrita la acción cambiaria (C. Stgo. 25 de mayo de 2010, rol N° 2850-2008)⁹.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido respaldada por la Corte Suprema en fallos como los de C. Sup. 7 de enero de 1920, *RDJ* t. 18, sec. 1ª, p. 409; C. Sup. 14 de noviembre de 1938, *RDJ* t. 36, sec. 1ª, p. 330 y C. Sup. 25 de septiembre de 1996, *RDJ* t. 93, sec. 1ª, p. 118; *F. del M.* 350, p. 974. En una sentencia más reciente, aunque como *obiter dictum* y sin mayor profundización, la Corte señala que se distinguen la fianza simple, la fianza solidaria y la fianza y codeuda solidaria (C. Sup. 24 de junio de 2009, rol N° 2.778-08)¹⁰.

Pero existen pronunciamientos discrepantes también desde antiguo: en un fallo de 1880, la Corte de Concepción resolvió que si alguien afirma que afianza de *mancomun et in solidum*, esta expresión «[...] no le quita el carácter de obligación accesoria que le es inherente», de modo que, habiéndose obligado el demandado como fiador, debe aceptarse la excepción de nulidad, dado que se trata de una persona que, según el texto original del art. 2342 del Código Civil, no puede obligarse como fiador (C. Concepción 9 de diciembre de 1880, *GT* 1880, N° 1934, p. 1380)¹¹. En otro fallo, esta vez de 1885, la Corte de Santiago estimó que, si el deudor principal era comerciante, la obligación del «fiador y codeudor solidario» prescribe en el plazo señalado en el Código de Comercio, ya que se aplica la exigencia de que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que los del deudor principal (C. Stgo. 21 de abril de 1885, *GT* 1885, N° 695, p. 404)¹². Más tarde, otro fallo señaló que no puede despacharse mandamiento de ejecución y embargo contra los bienes de quien garantizó como fiador solidario las obligaciones de un mutuario, ya que «[...] la fianza es por su naturaleza y por definición de la ley, una obligación accesoria y condicional y no puede perder ese carácter por las circunstancias de que se la califique de solidaria [...]» (C. Concepción, 8 de agosto de 1894, *GT* 1894, t. III, N° 3284, p. 237).

La Corte Suprema también ha emitido fallos en el sentido de que la cláusula debe entenderse como fianza por el total de la deuda, pero sin goce del beneficio de excusión (C. Sup. 26 de mayo de 1914, *RDJ* t. 12, sec. 1ª, p. 266)¹³; C. Sup. 24 de septiembre de 1929, *RDJ* t. 27, sec. 1ª, p. 513)¹⁴.

Las consecuencias de la teoría tradicional son variadas: el «fiador y codeudor solidario» no gozaría de la excepción de subrogación (art. 2335 CC), podría asumir una obligación más gravosa que la del deudor principal, no se extinguiría su obligación por la prórroga del plazo (art. 1649 CC) y, en general, no se le aplicarían ninguna de las normas referidas a la relevación, retractación, extinción o prescripción de la fianza.

III. Crítica a la interpretación tradicional

La tesis tradicional no resulta convincente y más parece una forma de eludir la aplicación de la figura de la fianza solidaria, que es la única reconocida en el Código Civil. Tanto el art. 2358 N° 2 como el 2367 inc. 1° CC disponen que el fiador puede obligarse «como deudor solidario». Parece quedar claro que estamos ante un contrato de fianza al que se aplican ciertas reglas de la solidaridad, que tradicionalmente se han conocido como «fianza solidaria».

El art. 1522 inc. 2° CC, en sede de obligaciones solidarias, al tratar de los deudores no interesados, no dice que sean fiadores, sino que «serán considerados *como* fiadores». Si se ordena que sean considerados fiadores es porque no lo son¹⁵.

Por otro lado, no parece que, conforme a las reglas de interpretación de los contratos, pueda convertirse una declaración tan clara de que una persona se constituye como fiador en una mera prueba preconstituida de la falta de interés en la deuda de lo que en realidad sería un deudor solidario. Más curioso es que ello sea exigido normalmente por el acreedor, cuando, en realidad, según la tesis clásica, no le empece de ninguna manera y, en cambio, se trataría de una expresión (obligarse como fiador) que solo será oponible al o a los otros codeudores¹⁶.

Tampoco parece aceptable la tesis que reduce la fianza solidaria a una fianza para la que se ha renunciado al beneficio de excusión, aplicándose todas y cada una de las reglas de ese contrato y con aquella única excepción. El Código Civil dispone que, en este caso, el fiador se ha obligado «como codeudor solidario», lo que parece revelar que la aplicación de las reglas de la solidaridad es más extensa que la sola no procedencia del beneficio de excusión. Por lo demás, si la fianza solidaria consistiera únicamente en una fianza con renuncia del beneficio de excusión, no se entendería por qué razón el art. 2358 CC hace referencia a dos casos en los que dicho beneficio no tendría lugar en un contrato de fianza, a saber: cuando se ha renunciado expresamente a dicho beneficio (art. 2358 N° 1 CC) y cuando el fiador se ha obligado como codeudor solidario (art. 2358 N° 2 CC).

No puede sostenerse que la presencia de ambos casos se explica porque en el primero se exige que la renuncia sea expresa, mientras que en el segundo ello no sería necesario y la renuncia se presumiría por la voluntad de obligarse solidariamente. Si así fuera, habría sido más sencillo que en el primer caso el codificador hubiera incluido ambos tipos de renuncia: la expresa y la tácita. Si Bello no lo hizo, fue porque no quiso admitir en este caso una renuncia que no fuera expresa. El supuesto del N° 2, en consecuencia, no alude a una simple renuncia tácita del beneficio de excusión, sino a una modalidad diversa de fianza: la fianza solidaria¹⁷.

IV. Hacia una nueva lectura de la cláusula

1. El «fiador y codeudor solidario» es un fiador solidario

Nos parece que la interpretación tradicional de la cláusula le resta sentido porque el hecho de que uno más codeudores no estén interesados en el negocio por el que se contrae la deuda no los transforma en fiadores. El art. 1522 inc. 2° CC los asimila a fiadores, pero solo para los efectos internos y básicamente para permitir que se subroguen en los derechos del acreedor a fin de cobrar incluso por el total a los demás codeudores interesados. Pero se trata siempre de deudores directos y no subsidiarios. Son deudores y no garantes.

Además, la cláusula se conviene no entre el garante y el codeudor solidario, sino entre el primero y el acreedor. Por lo tanto, conforme al art. 1560 CC, la interpretación debe ajustarse a la intención de los contratantes, y no puede considerarse que sea intención del acreedor dejar constancia de un elemento que no le concierne para nada y que solo puede ser relevante en las relaciones internas entre los codeudores, como lo sería la presencia o no de un interés en la deuda. Por ello, la cláusula pactada entre acreedor y garante no podría ser aportada como prueba en un juicio entre este último y el codeudor solidario, ya que se trataría de un instrumento público o privado suscrito entre terceros con el deudor

directo, que es inoponible a este último. No hay que olvidar que no es infrecuente que la fianza y codeuda solidaria se pacte en un instrumento independiente de aquel en el que consta la obligación principal.

De esta manera, si aceptáramos la tesis clásica, la cláusula quedaría sin efecto en cuanto a la referencia al contrato de fianza y ello contravendría la regla del Código Civil que manda preferir el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1562).

Por último, el art. 1563 CC ordena seguir la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, que no puede ser la relación de fondo de los codeudores solidarios, ya que se trata, insistimos, de una cláusula pactada en convenio suscrito no entre los codeudores, sino entre el «fiador y codeudor solidario» y el acreedor.

Por todas estas razones, debemos aceptar en primer lugar que lo que se quiso convenir fue un contrato de fianza entre el acreedor y este tercero distinto del deudor directo que se obliga no con la misma deuda, sino con otra obligación que resulta accesoria y subordinada estructuralmente a la del primero. Pero se agrega que se tratará de un fiador que se obliga al mismo tiempo como codeudor solidario. Se comprueba así que, al pactarse que alguien se obliga como «fiador y codeudor solidario», no se está haciendo otra cosa que convenir la fianza solidaria que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, localizan en el art. 2358 N° 2 CC, que prevé justamente el caso de que un fiador que se obligue como «codeudor solidario».

En suma, discrepamos de la opinión común que distingue la fianza solidaria de la fianza y codeuda solidaria, y sostenemos que se trata de una figura única: la fianza solidaria, aunque pactada en los términos de «fiador y codeudor solidario». No cabe diferenciar, entonces, la figura del fiador solidario de la del «fiador y codeudor solidario». Pero, a su vez, el fiador solidario únicamente puede ser entendido como un fiador sin beneficio de excusión.

2. La fianza solidaria es más que una fianza sin beneficio de excusión

Lo anterior plantea la necesidad de delimitar la fianza solidaria, ya que ese estatuto deberá aplicarse al convenio en que se pacta que alguien se obliga como «fiador y codeudor solidario».

Para determinar el estatuto jurídico de la fianza solidaria tenemos dos alternativas extremas, según nos aproximemos a una u otra institución. Si nos acercamos lo más posible a la fianza, tenemos la fianza con renuncia al beneficio de excusión; si nos aproximamos más a la solidaridad, tenemos la situación de los codeudores no interesados. Para no confundir la fianza solidaria con ninguna de estas dos figuras extremas —que tienen su propia calificación—, resulta necesario construir dogmáticamente un estatuto intermedio que sea fianza, pero no tanto como la fianza sin beneficio de excusión, y que sea solidaridad, pero no tanto como si estuviéramos en el caso de un codeudor solidario no interesado.

Se rechazan, así, dos posturas que parecen ser las más simples de sostener: la de que la fianza solidaria es, en todo, fianza, salvo en el hecho de que el fiador carece del beneficio de excusión (criterio sostenido por la doctrina tradicional chilena para la fianza solidaria¹⁸) y la de que la fianza solidaria es solidaridad en las relaciones con el acreedor y fianza en las relaciones internas (que, en general, es la tesis que la doctrina chilena ha sostenido para la cláusula del «fiador y codeudor solidario»).

A nuestro entender, la fianza solidaria es, antes que nada, fianza¹⁹. Lo es en su estructura y en una característica esencial: la accesoriidad que le confiere su carácter de caución (art. 46 CC). El fiador solidario, por tanto, es un obligado distinto al deudor directo; su obligación no deriva de la causa de concesión del crédito solidario, sino de una causa diversa, a saber, que es una obligación que asegura o garantiza el crédito solidario. No se trata simplemente de que ciertos deudores solidarios estén más o

menos interesados en el negocio jurídico para el que se contrae la obligación, sino de la manera objetiva mediante la que se concede el crédito y en la que tiene clara intervención el acreedor²⁰.

Esta estructura y característica esencial —ser una obligación distinta de la deuda principal pero accesoria a esta— es la que permite trazar una frontera razonable entre fianza solidaria y obligación solidaria.

V. Consecuencias de esta configuración de la fianza solidaria

Destacamos algunas consecuencias de la aplicación del criterio defendido en relación con la conformación y al funcionamiento de la fianza solidaria.

1. Consecuencias en cuanto a la conformación de la fianza

En lo referido a la conformación, hay dos características de la fianza que son diversas de la codeuda solidaria: por una parte, que el fiador no puede obligarse a más o en forma más gravosa que el deudor principal (arts. 2343 y 2344 CC) y, por otra, que su obligación debe siempre avaluarse en dinero (art. 2343 CC). Ambas reglas no rigen para la solidaridad, en la que los codeudores pueden obligarse con modalidades más gravosas y la prestación, siendo única, puede ser de dar, hacer o no hacer.

Como la exigencia de que el fiador no pueda obligarse a más o en forma más gravosa es una norma que se desprende de la accesoriedad de la fianza, debe aplicarse en el caso de fianza solidaria²¹.

En cambio, que la obligación deba consistir en dinero es una regla que no tiene como base la accesoriedad, de modo que, en este aspecto, la fianza solidaria deberá regirse por las reglas de la solidaridad y, por tanto, podrá ser una obligación no dineraria.

2. Contribución a la deuda (relaciones entre el fiador solidario y el deudor)

En cuanto al funcionamiento, hay que distinguir la obligación a la deuda (relaciones externas) y la contribución en la deuda (relaciones internas). En lo referido a la contribución en la deuda, es decir, a las relaciones entre los codeudores y el fiador solidario, una vez que se ha pagado la deuda o se ha extinguido por un medio equivalente, no hay duda de que se aplica en toda su integridad el estatuto normativo de la fianza. Solo debe afirmarse que, en este caso, el fiador solidario no es «considerado» fiador, como sucede con los codeudores no interesados según el art. 1522 inc. 2º CC, sino que «es» fiador y tiene todos los derechos como tal. De este modo, todo lo que se plantea con dudas o discusiones respecto al codeudor no interesado²² debe afirmarse sin problemas para el fiador solidario: así, el fiador solidario que paga se subroga en los derechos del acreedor contra los deudores solidarios por el total y de forma solidaria en caso de haber muchos (art. 1610 Nº 3 CC); si lo prefiere, puede ejercer la acción de reembolso propia de la fianza demandando a cada codeudor por el total e incluyendo ahora gastos y perjuicios (art. 2372 CC). Si hay varios fiadores solidarios, el que pagó más de lo que debiera soportar de la deuda puede subrogarse en los derechos del acreedor para reclamar el exceso a los cofiadores (art. 2378 CC)²³. También debe reconocerse el derecho de los fiadores solidarios a exigir su relevo en los casos del art. 2369 CC²⁴.

3. Obligación a la deuda (relaciones del fiador solidario con el acreedor)

En la obligación a la deuda es indiscutido que el fiador solidario carece del beneficio de excusión y, en caso de pluralidad de fiadores, también del de división (art. 2367: cfr. art. 1514 CC), ya que estos aspectos no derivan necesariamente del principio de accesoriedad (como evidencian las llamadas garantías a primer requerimiento). Pero sí cabría aplicar la excepción de subrogación, ya que tal beneficio parece derivarse del carácter de caución (contrato accesorio) de la fianza (art. 2355 CC)

Respecto a la extinción de la fianza solidaria por causales como la remisión, la nulidad o la prescripción debe aplicarse el principio de accesoriedad en el sentido de que, extinguida la obligación principal, no puede subsistir la obligación de garantía (art. 2381 N° 3 CC). Así, si el acreedor condona la deuda al deudor directo o principal, no podrá reclamar nada al fiador solidario (no se aplicará la disposición del art. 1518 que señala que puede demandarse al codeudor solidario con descuento de la cuota del remitido). A la inversa, si el acreedor condona la deuda respecto del fiador solidario (arts. 2374 y 2381 N° 1 CC), podrá demandar al deudor directo la totalidad del crédito sin descuento de ninguna cuota. En relación con la nulidad, la norma que permite al fiador oponer las excepciones de fuerza y dolo que determinan la nulidad relativa de la obligación principal (art. 2354 CC) se aplicará con preferencia a la del art. 1520 CC, que solo autoriza a oponer al acreedor las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación y las personales suyas. En materia de prescripción, se aplicará la regla del art. 2516 CC, derivada justamente del principio de accesoriedad, de modo que la interrupción que opere contra un deudor directo interrumpirá también la prescripción de la obligación del fiador solidario²⁵ (lo que concuerda con lo que señala el art. 2519 CC para la solidaridad). Del mismo modo la interrupción de la prescripción operada contra el fiador solidario perjudicará al deudor principal, ya que, no siendo lo contrario una exigencia de la accesoriedad, debe aplicarse la regla propia de la solidaridad (art. 2519 CC)²⁶. Tampoco se aplicará al fiador solidario la regla que permite al fiador oponer al acreedor la prescripción renunciada por el deudor principal (art. 2496), dado que esta norma constituye más bien una excepción que una inferencia de la accesoriedad de la fianza²⁷.

En cuanto a la compensación, se deduce del art. 1657 inc. 2° CC que el fiador puede oponer por vía de compensación el crédito del deudor principal contra el acreedor. Dado que esta regla no es una exigencia propia de la accesoriedad, no procederá aplicarla al fiador solidario, que se regirá por los arts. 1520 inc. 2° y 1657 inc. 4° CC, preceptos que impiden que un codeudor solidario oponga al acreedor en compensación un crédito de otro de los codeudores. Respecto a la pérdida de la cosa debida, no hay duda de que la fianza solidaria se extingue si se pierde la cosa debida por el deudor principal sin culpa ni mora. Pero si no se extingue porque la pérdida no es fortuita, el fiador simple debe responder tanto por el precio de la cosa como de los perjuicios en virtud de lo dispuesto en el art. 1672 CC. No parece que este criterio venga exigido por la accesoriedad de la fianza, de modo que al fiador solidario le será aplicable lo señalado en el art. 1521 CC y responderá únicamente del precio de la cosa.

La extinción especial de la fianza por prórroga del plazo parece fundarse en el principio de no mayor gravosidad que se sustenta en la accesoriedad (art. 1649 CC), de manera que se aplicará al «fiador y codeudor solidario»²⁸.

En cambio, la extinción que se funda en la evicción de la cosa dada en pago (art. 2382 CC) parece ser un privilegio especial del fiador que no depende de su carácter accesorio; por el contrario, dicho carácter pareciera exigir la subsistencia de la fianza más que su extinción. De esta manera, concluimos que el fiador solidario verá extinguida su responsabilidad en caso de prórroga del plazo, pero no en el supuesto de dación en pago en que la cosa sea evicta.

NOTAS:

¹*Este trabajo fue publicado originalmente en Hernán Corral y Pablo Manterola (eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*, Santiago: Universidad de los Andes, Thomson Reuters, 2017, pp. 211-224.

Pescio, Victorio, *La fianza*, Valparaíso: Fisher y Cía, 1926, pp. 124-125. Pescio da a entender que su tesis tiene respaldo en los clásicos franceses y cita a Aubry y Rau, a Troplong y a Colin y Capitant. Sin

embargo, estos autores no se plantean el problema de la cláusula del «fiador y codeudor solidario», sino del alcance que debe darse al fiador solidario y más bien deben ser invocados a favor de la tesis contraria ya que intentan rescatar el carácter de fiador del fiador solidario incluso contra el tenor del antiguo art. 2021 (actual 2298), que dice expresamente que si el fiador se obliga solidariamente, el efecto de su obligación se rige por los principios que han sido establecidos para las deudas solidarias (ver *infra* n. 18).

²Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Santiago: Nascimento, 1943, p. 81 y p. 130.

³Vodanovic H., Antonio, *La fianza*, Santiago: Conosur, 1999, p. 86. Ya con anterioridad, en Vodanovic H. A., «Curso de Derecho Civil, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga», Santiago: Nascimento, 1942, t. IV, núm. 1051 bis, p. 700.

⁴Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 300-301.

⁵Troncoso Larronde, Hernán, *De las obligaciones*, Santiago: LexisNexis, ⁴2006, p. 85.

⁶Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno II: De las fuentes de las obligaciones*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2007, p. 183.

⁷Cuadra Folle, Reinaldo, «La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites», en M. Tapia *et al.* (dirs.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, t. I, pp. 146-147.

⁸Somarriva, M., *Tratado...*, ob cit., p. 131, cita como siguiendo este mismo planteamiento otras dos sentencias de segunda instancia: C. Santiago, 19 de julio 1899, *GT* 1899, II, N° 403, p. 337 y C. Concepción 15 de noviembre de 1921, *GT* 1921, II, N° 288, p. 1167, pero, si bien los fallos se refieren a casos de fiadores y codeudores solidarios, no se pronuncian sobre su asimilación a la solidaridad: el primero descarta que pueda servir como título ejecutivo contra el «fiador y codeudor solidario» la sentencia de un juicio arbitral seguido entre el acreedor y el deudor principal en el que se determina la deuda; el segundo señala que el «fiador y codeudor solidario» por un saldo de precio de una compraventa, puede oponer al cesionario del crédito que al despacharse el mandamiento se había decretado retención del precio y que el vendedor no había entregado todo lo vendido.

⁹La sentencia sostiene que «[...] en la fianza solidaria se combinan dos cauciones personales, como

son la fianza y la solidaridad pasiva, pero al declarar que el garante se obliga como fiador y codeudor solidario, tal manifestación de voluntad demuestra sin lugar a dudas que la intención es asegurar la obligación asumida por la deudora, configurándose un prueba expresa de que no tiene interés en la deuda por ser un tercero que otorga caución personal y, en esos términos, en su relación con el acreedor es la de un deudor directo y no subsidiario, tal como lo autoriza el artículo 1.522 del Código Civil» (cons. 12º). La Corte Suprema rechazó la casación por sentencia de 30 de noviembre de 2012, rol N° 5.553-2010, pero no se pronunció sobre el alcance de la cláusula.

[10](#)En la sentencia de reemplazo que se dicta después de casar el fallo de segunda instancia la Corte declara que «[...] como generalmente los acreedores no se contentan con asegurar el pago de sus créditos mediante la simple fianza, exigen, además, que el fiador se obligue solidariamente o como fiador y codeudor solidario, lo que da origen a la segunda clasificación antes acotada, cada una con efectos distintos, también en lo atinente al caso que se resuelve, puesto que no todas dan lugar al beneficio últimamente indicado. En efecto, en la fianza solidaria el fiador queda privado de hacer uso del beneficio de excusión, lo que resulta de la aplicación de las normas de la solidaridad pasiva, que no lo contempla, y lo mismo acontece en lo relativo al fiador codeudor solidario» (cons, 3º). Como se observa, la Corte distingue el fiador solidario del «fiador y codeudor solidario», pero les asigna el mismo alcance. En otro fallo, la Corte también se muestra dubitativa, ya que no aplica la extinción por prórroga del plazo del art. 1649 CC al «fiador y codeudor solidario» por entender que no solo hay fianza sino solidaridad, pero además invoca que el demandado en el mismo instrumento aceptó por anticipado las prórrogas que pudiera obtener el deudor principal: C. Sup. 28 de septiembre de 2015, rol n° 1844/2015.

[11](#)El demandado era un sacerdote al que le afectaba la inhabilidad establecida en el texto original del art. 2342 N° 3, que establecía que no podían obligarse como fiadores «los ordenados *in sacris*».

[12](#)El argumento fue a mayor abundamiento, ya que la Corte también consideró que como deudor solidario debía seguir el «fuero mercantil» del deudor principal.

[13](#)En el caso la Corte declaró que constituirse en «fiador y codeudor solidario» solo importa hacerse responsable del pago de toda la deuda y sin goce del beneficio de excusión, por lo que el privilegio del crédito contra el deudor principal no puede hacerse valer respecto del fiador, perjudicando a los acreedores de este, que son terceros en el negocio de fianza.

[14](#)En la sentencia la Corte Suprema estimó que no había codeuda solidaria sino solo una fianza solidaria, ya que la cláusula del «fiador y codeudor solidario» había sido suscrita solo por el garante y no por el deudor principal. En cuanto a la fianza solidaria, se sostuvo que «[...] siendo él [el demandado] un fiador que se obligó como codeudor solidario, renunció de ese modo tácitamente el beneficio de excusión y quedó así ligado a favor del acreedor como fiador solidario del deudor [...], supuesto que, en tal situación, su obligación presupone la existencia de la obligación principal de este, y por lo propio es la suya puramente accesoria» (cons. 6º).

[15](#) Históricamente, puede verse que Pothier, posible fuente del art. 1522 inc. 2º de nuestro Código, consideraba que la subrogación en la solidaridad solo se producía cuando el deudor la invocaba al momento de hacer el pago al acreedor, pero que de no hacerlo podía interponer diversas acciones según la causa de su obligación: así si se trataba de un negocio común, tendría la acción pro socio; si el negocio por el cual se contrató la deuda no concernía más que a uno de ellos, «[...] aquel a quien el negocio concierna es el deudor principal, y los otros son como sus fiadores», por lo que en tal caso procedería ejercer la *actio mandati* para recuperar el total de lo pagado (Cfr. Pothier, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, trad. Guillermo Cabanellas, Buenos Aires: Heliasta, 2007, núm. 282, pp. 156-158).

[16](#) Ramos dice expresamente que la prueba de que no es interesado le corresponde al codeudor que lo alega: Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Santiago: LexisNexis, 2004, núm 103, p. 103.

[17](#) Ya Pescio, V., *La fianza...*, ob. cit., p. 117 afirmaba con claridad que la mera renuncia a los beneficios de excusión y división no convierte al renunciante en fiador solidario.

[18](#) Somarriva, Manuel, *Tratado...*, ob. cit., pp. 124-128. La tesis ha sido adoptada también en la doctrina colombiana: Gaitán Martínez, José Alberto, «Fianza y obligación solidaria», en M. Tapia *et al.* (dirs.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, ob. cit., pp. 116-117.

[19](#) La mayor parte de la doctrina francesa clásica, incluso contra el tenor literal del antiguo art. 2021 del *Code*, se esfuerza por destacar que el fiador solidario no es un deudor solidario. Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, París, Librairie Général de Jurisprudence, ⁴1871, t. IV, p. 675, nota 7, contra la opinión de Duranton y Zachariae, enseñan que la fianza mantiene su carácter de obligación accesorio, aunque se pacte como solidaria. Troplong, Raymond-Théodore, *Droit Civil expliqué XVII: Du cautionnement et de transactions*, París: Charles Hingray edit., 1846, núm. 522, p. 454 sostiene que el fiador solidario no es un deudor principal, sino accesorio: «La promesa de solidaridad no cambia nada esta situación deducida de la naturaleza de las cosas y proclamada por la potencia de las palabras». Guillouard, Louis-Vincent, *Traité du Cautionnement et des Transactions*, A. Durand et Pedoe-Lauriel, éditeurs, París, ²1895, pp. 27 y ss., escribe que la fianza solidaria es esencialmente una fianza: «El fiador que se obliga solidariamente no deja de ser fiador, lo proclama por la forma misma del compromiso que contrae, y la solidaridad que estipula no es más que una manera de ser, una modalidad de su fianza, que le hará perder los beneficios de discusión y de división, pero conservará todas las otras ventajas atribuidas a su situación de deudor accesorio». Por su parte, Baudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, París, Librairie Recueil Sirey, 1925, t. II, p. 614 califica esta tesis como «mejor fundada» y Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Cours Élémentaire de Droit Civil français*, París: Librairie Dalloz, 1915, t. II, p. 733, señalan que «[...] la solidaridad no priva al fiador de la calidad de codeudor accesorio [...]». Este mismo problema se ha presentado en la jurisprudencia y doctrina española: cfr. Pérez Álvarez, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona: Aranzadi, 1985, *passim*.

[20](#) En este sentido, puede verse Gómez-Blanes, Pablo, *El principio de accesoriedad de la fianza*,

Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 54, quien sostiene que lo relevante para distinguir al codeudor solidario del fiador no es el interés económico sino el jurídico: «Así pues, nos hallamos ante un deudor solidario cuando objetivamente lo sea, es decir, cuando haya recibido crédito y se encuentre en una situación de comunidad de deudores, que responden entre sí de forma solidaria. Por el contrario, estamos ante un fiador cuando este no reciba crédito y únicamente garantice el concedido a otro».

[21](#)Somarriva Manuel, *Tratado...*, ob. cit., p. 93, señala expresamente que la no mayor gravosidad de la fianza es una consecuencia que se deriva de la accesoriedad. Pescio, V., *La fianza...*, ob. cit., p. 91, sostiene que incluso el fiador solidario no podría tener una modalidad (plazo) más gravosa que el deudor principal, porque «[...] hay que dejar en claro que el fiador solidario no es propiamente un deudor solidario».

[22](#)Por todos, véase Vial del Río, Víctor, *Manual de las obligaciones en el Código Civil chileno*, Santiago: Editorial Biblioteca Americana, 2003, pp. 161-162.

[23](#)Peñailillo, Daniel, *Obligaciones...*, ob. cit., p. 296, discrepando de otros autores, estima que esta acción también la tendría el codeudor solidario no interesado en contra de otros codeudores igualmente no interesados, si bien reconoce que podrían ponerse objeciones en razón de la literalidad de la norma. Recogen su opinión, Court M., Eduardo y Wegner A., Veronika, *Derecho de las obligaciones. Las obligaciones en general y sus clases*, Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 83, nt. 171.

[24](#)Troncoso, Hernán, *Obligaciones...*, ob. cit., p. 85, aplica esta norma a los codeudores solidarios no interesados conforme al art. 1522 inc. 2° CC.

[25](#)Lo afirma así para el fiador simple, Somarriva, Manuel, *Tratado...*, ob. cit., p. 166.

[26](#)Para la fianza simple, Somarriva, Manuel, *Tratado...*, ob. cit., p. 167, sostiene que la interrupción operada en el fiador no perjudica al deudor principal.

[27](#)Sin mayores explicaciones, Pescio, Victorio, *La fianza...*, ob. cit., p. 93, dice que la norma del art. 2496 «es una aplicación del carácter accesorio de la fianza».

[28](#)Pescio, Victorio, *La fianza...*, ob. cit, pp. 63 y 87, sostiene que la norma se basa en el principio *tempore ad tempus* según el cual la fianza no puede mantenerse por más tiempo que el estipulado.

Lo mismo debe sostenerse respecto de la no extensión de la fianza a la renovación de un contrato de arriendo establecida en el art. 1957 CC; así lo ha señalado la Corte Suprema, pero sin advertir que la norma sólo incluye a la fianza y no a la solidaridad: C. Sup. 30 de agosto de 2012, rol N° 3.752-2010.