

### 3.- FIANZA SOLIDARIA. Régimen jurídico. Prescripción

#### **Doctrina**

*1.- La fianza y codeuda solidaria constituye una caución personal surgida en el régimen contractual patrimonial y que resulta de la combinación de las cauciones denominadas "solidaridad pasiva" (artículos 1511 y siguientes del Código Civil) y "fianza" (artículos 2335 y siguientes del mismo Código), estimando la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia que las relaciones entre el fiador y codeudor solidario con el acreedor, deben regirse por las reglas de la solidaridad, considerándose por tanto al primero como deudor directo.*

*2.- La fianza, como obligación solidaria que es, prescribe conjuntamente con la obligación principal a la que accede, no siéndole aplicable el plazo de 4 años que fija al efecto el artículo 822 del Código de Comercio.*

Santiago, 25 de septiembre de 1995.

Vistos:

1º) Que por escritura pública de catorce de junio de mil novecientos setenta y nueve, ante el Notario Público Jorge Zañartu Squella, suplente del titular Patricio Zaldívar Mackenna, la actora doña Adoreé Fernández Truan se constituyó personalmente en fiadora y codeudora solidaria de la sociedad "Martínez y Compañía Limitada", con el objeto de garantizar al Banco de Concepción el cumplimiento y pago de todas las obligaciones que dicha sociedad le adeudare actualmente o pudiere adeudarle en el futuro.

Sabido es que, además de las cauciones personales que reglamenta expresamente el Código Civil, esto es, la fianza y la solidaridad pasiva, ha surgido, en el régimen contractual patrimonial, otra, cual es, una combinación de ambas, la llamada Fianza y codeuda solidaria, que resulta de la combinación de las cauciones denominadas "solidaridad pasiva", contemplada en los artículos 1511 y siguientes del Código Civil, y "fianza", regulada en los artículos 2335 y siguiente del mismo cuerpo legal y se ha discutido por la doctrina si al fiador y codeudor solidario, en sus relaciones con el acreedor,

debe regirse por las normas relativas al contrato de fianza o por las que rigen la solidaridad pasiva, puesto que en el Código citado existe sólo la norma del artículo 2358 N° 2 que se refiere a ella, privando del beneficio de excusión al fiador que se hubiere obligado como codeudor solidario.

Sin embargo, la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia estiman que, en tal caso, deben aplicarse las reglas de la solidaridad, considerándose al fiador y codeudor solidario como deudor directo. (Somarriva, Manuel. "Tratado de las cauciones". Contable Chilena Ltda. Editores, 1981, páginas 129 y 130).

En consecuencia, respecto de la caución constituida por la demandante, como no se trata de una fianza simple ni de una fianza solidaria, no puede aplicársele las normas relativas a la extinción, relevo, retractación o prescripción de la fianza sino los principios aplicables a la solidaridad pasiva, no afectando, por ende, su eficacia los hechos que extinguen o relevan la fianza, según los argumentos planteados por la actora. Tampoco puede regir esta fianza y codeuda solidaria la caducidad contemplada en el artículo 1649 del Código Civil, puesto que se aplica exclusivamente a los fiadores.

2º) Que, por otra parte, consta de la escritura pública de 19 de diciembre de 1986, ante el Notario Público Aliro Veloso Muñoz, que "Suelerías Bascuñán Ltda.", sucesora legal de "Martínez y Compañía Limitada", renegoció la deuda con el Banco Concepción, ampliándose el plazo para el pago de la misma y como no concurriera en dicho pacto la demandante, ésta estima que tal omisión produjo el efecto de caducar la caución de que se trata.

Sin embargo, para el caso de estimarse que la caución constituida por la demandante fuere exclusivamente una fianza, la circunstancia de que en la cláusula segunda de la escritura de fianza, solidaridad e hipoteca del catorce de junio de mil novecientos setenta y nueve, aludida en el fundamento 1º precedente, se estipulare que doña Adoreé Fernández Truan "desde ya... acepta todos los plazos, las prórrogas, prórrogas de plazo y renovaciones que el Banco pueda convenir con el deudor..." no ha podido menos que producir válidamente los efectos de la convención, evitándose así que las prórrogas acordadas en la referida escritura de renegociación terminara con la responsabilidad de la fiadora.

En efecto, el artículo 1649 exige, para impedir que se ponga fin a la responsabilidad de los fiadores, en el caso de una ampliación del plazo de la deuda, que éstos acepten expresamente la ampliación y dicha aceptación puede ser prestada anticipadamente, tal como ha ocurrido en la especie, en la mencionada cláusula segunda de la escritura.

3º) Que, a mayor abundamiento y por otra parte, sin perjuicio de lo razonado en el fundamento 1º precedente, cabe desechar la argumentación de la demandante relativa a que debe presumirse que el Banco Concepción la relevó de su fianza porque ella no fue llamada a comparecer en la antes mencionada escritura de renegociación y porque esa institución bancaria se desistió de una acción ejecutiva seguida en su contra en su calidad de fiadora.

En efecto, el relevo de una fianza, en todo o parte concedido por el acreedor, que el artículo 2381 del Código Civil contempla como un modo de extinguir las fianzas, cuando el acreedor no está obligado a ello, es, como dice Manuel Somarriva en la obra antes citada, una verdadera remisión, pero no una donación, a menos que el deudor esté insolvente, como lo dispone el artículo 1397 del Código Civil y, en el caso de autos, al momento de producirse el supuesto relevo el deudor se encontraba en situación de insolvencia, de manera que aquel habría importado una donación, la que, legalmente, debió ser insinuada, lo cual no consta haya ocurrido. Y, finalmente, procede agregar que dicho relevo para tener consecuencias legales debe ser expreso, requiere la anuencia del acreedor, lo cual tampoco ha ocurrido en el caso sub lite.

4º) Que en cuanto al desistimiento presentado en favor de la actora en los autos caratulados "Banco Concepción con Suelerías Bascuñán y otro" el 5 de septiembre de 1987, no ha podido tener otro efecto que extinguir la acción ejecutiva deducida en la causa en contra de doña Adoreé Fernández.

5º) Que analizando, por otra parte, la retractación de la fianza, invocada por la actora, siempre sin perjuicio de lo razonado en el considerando 1º que antecede, cabe recordar que, de conformidad con lo que dispone el artículo 2339 del Código del ramo, el derecho de retractación sólo procede "mientras la obligación principal no exista" y en la especie, las obligaciones que caucionó la actora se originaron al menos el 27 de febrero de 1984 (fecha de suscripción del pagaré por 21.500 Unidades de Fomento, mencionado en la cláusula segunda del contrato de renegociación), de modo que el derecho a tal retractación se extinguió en aquella data.

6º) Que, finalmente, en cuanto a la alegación de prescripción de la fianza que según la señora Fernández Truan, acorde con lo que dispone el artículo 822 del Código de Comer-

cio, es de cuatro años, procede desecharla puesto que la fianza, como obligación accesoría que es, según lo reconoce el artículo 2335 del Código Civil al definirla y el artículo 46 al enumerarla entre las cauciones, prescribe conjuntamente con la obligación principal a que accede.

Y visto, además, lo que disponen los artículos 144 y 170 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la aludida sentencia en cuanto hace lugar a la demanda sólo en cuanto declara extinguida la fianza constituida por la demandante por escritura pública de 14 de junio de 1979 en favor del Banco Concepción y, en su lugar, se decide que no ha lugar a ella, sin costas, por haber existido motivos plausibles para litigar.

Se confirma, en lo demás apelado, el referido fallo.

Regístrese y devuélvase, conjuntamente con los documentos traídos a la vista.

Redacción del Ministro señor Alejandro Solís Muñoz.

Pronunciada por los Ministros señores Juan Araya Elizalde, Alejandro Solís Muñoz y el Abogado Integrante señor Francisco Merino Schihing.

FERNANDEZ TRUAN, Adoreé con SUELERIAS BASCUÑAN LTDA. y Otro.

APELACION.

Rol Nº 5.709-93.

#### 4.- PROTESTO DE CHEQUE POR CADUCIDAD. Su ineficacia

##### *Doctrina*

*La caducidad del cheque hace perder la exigibilidad de la obligación de pagar de que daba cuenta, la que no ha podido renacer mediante su protesto y posterior notificación de acuerdo a la Ley de Cheques y el Código de Procedimiento Civil.*

Santiago, 26 de septiembre de 1995.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 4º, 5º, 7º y 8º, que se eliminan.

Se tiene en su lugar y, además, presente:

1) Que en estos autos el ejecutado opuso la excepción del Nº 7 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, fundado en la circunstancia de no existir título ejecutivo y en no ser la obligación actualmente exigible.

Señala, en síntesis, que se empleó la norma de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques haciendo notificar el protesto del cheque no pagado por el Banco librado por estar caducado, para luego ampararse en el artículo 434 Nº 4 del citado cuerpo legal para afirmar la existencia de un título ejecutivo, norma ésta que solo tiene aplicación respecto de los cheques protestados por las causales a que se refiere el artículo 22 de la Ley de Cheques; y que el vencimiento del plazo para cobrar un cheque hace que éste caduque, perdiéndose el derecho a cobrarlo y las acciones contra los endosantes, tornándose la obligación no exigible;