

01-0155098

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile

06

346.83074  
5693+c  
1943

# Tratado de las Caucciones

## I CAUCIONES PERSONALES

- Cláusula penal
- Solidaridad pasiva
- Fianza

## II CAUCIONES REALES

- Prenda
- Hipoteca



EDITORIAL NASCIMENTO

SANTIAGO DE CHILE

1943

pueda parecer un poco extenso, pero hemos querido pecar de acción y no de omisión. Nos ha guiado en ello la experiencia: la rapidez de la vida moderna impide al lector leer páginas de páginas; es necesario que en pocos momentos encuentre la cuestión que le interesa consultar.

Confiamos en que este libro preste utilidad a los estudios del Derecho. Naturalmente no tenemos la pretensión de que sea algo perfecto. Por lo demás ya lo dijo el ilustre autor de nuestro Código: obra tal no ha salido de la mano del hombre.

### INTRODUCCION

1. El derecho de prenda general.—La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada se obliga para con otra también determinada a dar, hacer o no hacer algo. Por tratarse de un vínculo jurídico, no puede quedar al arbitrio del deudor darle o no cumplimiento, en lo que se diferencia la obligación de los simples deberes morales. Por eso el legislador da al acreedor diversos derechos tendientes a obtener el cumplimiento de la obligación de parte del deudor rebelde.

No ha existido a través del tiempo uniformidad sobre la naturaleza de estos derechos. En Roma, el deudor, al contraer una obligación, comprometía su persona, naciendo así la "manus injectio", que daba al acreedor un derecho de dominio sobre el deudor en caso que éste no cumpliera lo pactado. Pero hoy en día este criterio se encuentra abandonado. La nueva noción de obligación es de carácter económico. Es lógico entonces que responda de su cumplimiento, no la persona del deudor, sino su patrimonio, y este es el principio en que se basa el derecho de prenda general, consagrado en nuestro Código Civil en el artículo 2,465, al manifestar: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1,618".

Este derecho de prenda general se fundamenta en la idea del patrimonio universalidad, es decir, en el hecho de ser algo distinto de los bienes que lo componen. Por eso al deudor le es perfectamente posible enajenar sus bienes o hacer nuevas adquisiciones, sin afectar en lo

Sin embargo, las cauciones personales no constituyen el desideratum de seguridad para el acreedor. Ciertamente es más difícil que varias personas caigan en insolvencia; pero ello bien puede acontecer, y entonces el derecho de prenda general que puede ejercitar el acreedor en los distintos patrimonios pasa a ser ilusorio e ineficaz la garantía. Este peligro que encierran las garantías personales queda completamente descartado con las garantías reales.

6. **Cauciones reales.**—Las cauciones reales consisten en afectar al cumplimiento de la obligación un bien determinado, sea mueble o inmueble. Ellas otorgan al acreedor el derecho de perseguir en manos de los terceros el bien dado en garantía y el de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro. Mediante estos atributos el acreedor queda a cubierto de la enajenación que del bien pueda hacer el deudor, ya que puede perseguir a aquél en manos de terceros, o de las numerosas deudas que contraiga y puedan colocarlo en insolvencia, pues goza de preferencia para el pago de su crédito. En otros términos, esta clase de garantía elimina la insuficiencia del derecho de prenda general, insuficiencia que, aunque en menor escala, como lo dijimos, también se presenta en las cauciones personales. Da, pues, una tranquilidad absoluta al acreedor.

Las cauciones reales más características son la prenda y la hipoteca. Hermanadas en su origen, diferenciadas después, en la actualidad presentan líneas de demarcación cada vez más sutiles. En efecto, teniendo ambas su origen en la enajenación con pacto de fiducia y en el pignus, después se separan, caracterizándose: la hipoteca por referirse a los inmuebles, que quedan en poder del deudor, y la prenda por aplicarse a los muebles, que deben entregarse al acreedor. Hoy en día, estas características no son exclusivas, ya que hay hipotecas sobre muebles, como la que recae en las naves, y prendas en que los bienes quedan en poder del deudor, como acontece en las prendas sin desplazamiento, verbi-gracia la agraria, la industrial, etc.

También milita entre las cauciones reales la anticresis. Pero es evidente que, comparada con la prenda y la hipoteca, su importancia y aplicación son insignificantes.

7. **Los privilegios no constituyen por regla general, en nuestra legislación, una caución real.**—En el Código francés se contem-

pla una serie de privilegios que el acreedor puede hacer valer aun cuando los bienes del deudor hayan salido de su patrimonio, como por ejemplo aquéllos que recaen sobre inmuebles, enumerados en el artículo 2,103 de ese Código. Con este antecedente, no es raro que los autores y tratadistas franceses estimen uniformemente que los privilegios son una garantía real y se ocupen de ellos al referirse a la prenda y a la hipoteca.

En nuestro Derecho la situación es diversa, porque, salvo contadísimas excepciones, los privilegios sólo pueden invocarse mientras los bienes estén en el patrimonio del deudor, pero no una vez que han salido de él.

Las excepciones referidas están contempladas: en el artículo 835 del Código de Comercio en relación con el 825 del mismo Código, según los cuales los créditos privilegiados sobre la nave que se enumeran en el primero de dichos artículos pueden perseguirse en ella aun cuando pertenezca a terceros; y en el artículo 5.º de la ley N.º 6,071, de 16 de agosto de 1937, en cuya virtud el crédito que se tenga contra el dueño de un piso o departamento por expensas comunes goza de un privilegio de cuarta clase que se puede hacer efectivo en el piso o departamento en manos de quien se encuentre.

Estas excepciones vienen a confirmar la regla de que en nuestra legislación los privilegios no constituyen cauciones reales. Ciertamente que en la prenda y en la hipoteca el acreedor puede alegar su privilegio o preferencia aun cuando los bienes hayan salido de manos del deudor; pero ello se explica porque ambas tienen el carácter de derechos reales, y, como tales, se ejercitan sobre una cosa sin respecto a determinada persona y llevan consigo el derecho de persecución (2).

8. **Importancia de las cauciones.**—La importancia y aplicación de las cauciones en la vida jurídica práctica no escapan al criterio del lector. Los acreedores siempre buscan las mayores seguridades posibles para conceder créditos. De aquí entonces que el estudio de las cauciones sea uno de los más interesantes que puede hacerse dentro del Derecho Civil, sobre todo en cuanto se relaciona con la hipoteca,

(2) Los privilegios, en nuestro Derecho, no son una caución, pero sí son una garantía en el sentido amplio de esta expresión, ya que el acreedor que goza de ellos tendrá una mayor posibilidad de ver satisfecho su crédito.

37. El derecho a pedir la reducción de la pena es irrenunciable.—Dada la finalidad que persigue el legislador al permitir que el deudor solicite la limitación de la pena al máximo fijado por la ley, resulta lógico que este derecho sea irrenunciable. Si fuera posible su renuncia, ésta pasaría a ser una cláusula de estilo en todos los contratos y se desvirtuaría la referida finalidad, la cual es de conveniencia pública, como han dicho nuestros tribunales (27).

Este carácter de irrenunciable está expresamente reconocido por el legislador en el artículo 2.º de la ley de 27 de noviembre de 1929, al decir: "Este derecho (de pedir la reducción) es irrenunciable y será nula toda estipulación en contrario". Además, en otro de los pocos casos en que nuestro legislador acepta la lesión, como es el de la compraventa de bienes raíces, también se establece el mismo principio de irrenunciabilidad (artículo 1,892).

38. El tribunal no puede decretar de oficio la reducción de la pena.—De la circunstancia de que sea irrenunciable el derecho de pedir la limitación de la pena no podemos deducir que el juez pueda proceder de oficio para decretarla. Tendría que solicitarla el deudor, ya que la justicia, salvo casos excepcionales, entre los cuales no se cuenta el presente, sólo puede actuar a requerimiento de parte. Por esta razón consideramos censurable una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que en presencia de un contrato de arrendamiento en el que se había estipulado una pena de \$ 200 diarios para el caso de que no se restituyera la propiedad a su vencimiento y habiendo alcanzado ella a \$ 28,000 en razón del tiempo transcurrido, la redujo de oficio a \$ 10,000 (28).

(27) Corte de Santiago, sentencias de 16 y 18 de junio de 1887, Gaceta de los Tribunales de 1887, sentencias N.ºs 1241 y 1271, págs. 743 y 759, respectivamente.

(28) Sentencia de 20 de julio de 1907, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 238. La sentencia contiene un voto disidente de don Luis Ignacio Silva que sienta la verdadera doctrina.

## II. LA SOLIDARIDAD PASIVA

### CAPITULO I

#### DEFINICION Y REQUISITOS

39. Generalidades.—La solidaridad pasiva (29) constituye indiscutiblemente la más eficaz de todas las garantías personales, ya que el acreedor va a poder hacer efectivo el derecho de prenda general en tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios, sin que a éstos les sea lícito oponer los beneficios de división y de excusión.

El carácter de garantía de la solidaridad aparece más claramente cuando la obligación se contrae por personas que no tienen interés en la deuda, sino que concurren a ella para garantizar su pago. El inciso 2.º del artículo 1,522 se pone precisamente en este caso, el que, como veremos, tiene importancia para determinar las relaciones de los deudores solidarios entre sí.

Como garantía, la solidaridad es más segura que la fianza, pues en ésta el deudor subsidiario puede oponer los beneficios de excusión y de división, que debilitan la posición del acreedor. Pero, como ya lo adelantamos y estudiaremos en su oportunidad, es perfectamente posible combinar ambas garantías, dándose nacimiento así a la fianza solidaria, que viene a constituir una caución intermedia (30).

Del artículo 1,511 se desprende que estamos en presencia de la solidaridad cuando, existiendo varios deudores de un mismo objeto

(29) En adelante sólo hablaremos de solidaridad, entendiéndose que nos referimos a la pasiva.

(30) Ver *infra* N.º 119.

forme al artículo 1,515; que la acción del acreedor contra los deudores pueda tener distintos plazos de prescripción (37), y que la causa de la obligación de los deudores solidarios sea distinta (38).

44. 3.º La solidaridad debe estar establecida en la ley o en la convención. La sentencia judicial no es fuente de solidaridad.—La solidaridad no puede tener su origen sino en la voluntad de las partes, manifestada en el contrato o en el testamento, o en la del legislador. Estas son las dos fuentes de la solidaridad pasiva, como lo establece el artículo 1,511, a diferencia de la activa, la cual jamás emana de un texto legal.

Se desprende entonces que la sentencia judicial no puede originar la solidaridad. Nuestra Corte Suprema ha aplicado este principio en dos ocasiones. En uno de los casos se trataba de un acreedor que, para preparar la vía ejecutiva, citó a reconocer deuda a dos personas. Ninguna de ellas compareció y la deuda se dió por reconocida en rebeldía. Con posterioridad el acreedor pidió se despachara mandamiento de embargo contra una de ellas por el total. El juez accedió. Pero el ejecutado se excepcionó alegando que la obligación no era solidaria, sino conjunta, y que por ello no se le podía cobrar el total, sino la mitad, y este criterio fué acogido en definitiva por nuestro más alto tribunal (39). En el otro caso resolvió que si ambos cónyuges son condenados a dar alimentos a unos nietos y fallece la mujer, no puede perseguirse al marido la totalidad de ellos, pues la obligación no es solidaria ni indivisible (40).

45. La ley como fuente de la solidaridad. Casos en que está establecida en el Código Civil.—Al acoger el legislador en sus preceptos la solidaridad, lo hace guiado por diversas razones. Las más

(37) Así lo ha declarado la Corte de Concepción, al acoger la prescripción de cuatro años del artículo 761 del Código de Comercio, opuesta por el socio de una sociedad colectiva mercantil al cual se le cobraba una letra aceptada por la sociedad y que prescribía para ésta en cinco años, conforme al artículo 764 del mismo Código. Sentencia de 26 de noviembre de 1937, Gaceta de los Tribunales de 1937, 2.º semestre, N.º 190, pág. 733.

(38) Ver infra N.º 50, pág. 48.

(39) Sentencia de 17 de julio de 1932, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXIX, segunda parte, sección primera, pág. 480.

(40) Sentencia de 20 de julio de 1927, Gaceta de los Tribunales de 1927, 2.º semestre, N.º 9, pág. 32; y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXV, segunda parte, sección primera, pág. 264.

de las veces la estatuye como una sanción para aquéllos que han violado la ley —por ejemplo en los artículos 201, 549, 927, 2,189 y 2,317,— o en su deseo de favorecer a los incapaces —como acontece en el caso de la pluralidad de curadores (artículo 419)— o tomando en consideración la voluntad de las partes o del testador —por ejemplo al declarar, en el artículo 1,281, solidaria la responsabilidad que afecta a los albaceas cuando hay pluralidad de ellos.

De los artículos 201, 419, 549, 927, 1,281; 2,189 y 2,317; que establecen casos de solidaridad, es interesante detenerse en los dos últimos.

El artículo 2,189, refiriéndose al comodato, establece que si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables. Pero no dice a qué alcanza esta solidaridad. En nuestro concepto, ella no puede referirse sino a la obligación que impone el artículo 2,178 de indemnizar al comodante de los perjuicios sufridos por la cosa. Pero la obligación de restituir la cosa —obligación que jamás puede faltar en el comodato y que es la única que emana del contrato mismo —no puede ser solidaria. A ella no se ha referido el artículo 2,189, ya que de acuerdo con el N.º 2.º del artículo 1,526 tiene el carácter de indivisible, y, en consecuencia, el comodatario que poseyere el objeto dado en comodato estaría obligado a entregarlo al comodante.

El caso del artículo 2,317, que proclama la responsabilidad solidaria por la indemnización de los perjuicios provenientes de un delito o cuasidelito cuando es cometido por varias personas, es sin duda el de más importancia entre los que establecen la solidaridad legal. Salta a la vista que en él la solidaridad se ha establecido como una sanción para los que cometen el acto ilícito y a la vez en el deseo de proteger a la víctima.

Es evidente que la responsabilidad será solidaria aun cuando el delito o cuasidelito sea civil y no penal. La disposición citada no distingue, y, aún más, ella está ubicada precisamente en el título de los delitos y cuasidelitos civiles. Esto no obstante, la Corte Suprema ha estimado que el artículo 2,317, al declarar solidaria la responsabilidad, se refiere únicamente a los delitos y cuasidelitos penales (41). El error manifiesto en que incurre nuestro más alto tribunal nos ahorra todo comentario.

(41) Sentencia de 13 de enero de 1937, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 201.

"por cuyo hecho o culpa . . . , etc.". Se establecía entonces una responsabilidad solidaria que afectaba a todos los herederos. Después se modificó el artículo, cambiándose la expresión "aquellos de los herederos" por "aquel de los codeudores", y no se tuvo cuidado de suprimir la palabra "solidariamente", que con la nueva redacción carece de sentido.

En Francia, no obstante no existir un texto legal que declare la solidaridad por los perjuicios provenientes de la inexecución del contrato, ella es aceptada por la jurisprudencia. Josserrand se expresa en los siguientes términos: "La Corte de Casación admite la solidaridad entre deudores contractuales cuando la inexecución del contrato sea imputable a todos y la culpa de cada uno de ellos sea suficiente para producir la integridad del daño, de suerte que las culpas cometidas sean indivisibles en sus resultados" (44).

47. **La convención y el testamento como fuentes de la solidaridad.**—El inciso 2.º del artículo 1,511 dice que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. Lo que en otros términos significa que ella no se presume.

Para determinar la existencia de la solidaridad, la doctrina está de acuerdo en aplicar los siguientes principios: que para establecerla no se requieren términos sacramentales; que no debe quedar la menor duda de que la intención de las partes es pactar la solidaridad; y que en caso de duda debe darse por inexistente y reconocer el carácter de conjunta de la obligación. Por lo general en el contrato se dirá que las personas se obligan solidariamente o in solidum. Pero, como decimos, no es de rigor que se empleen dichas palabras: puede hacerse uso de frases semejantes que manifiesten la intención clara de las partes de estipular la solidaridad. Por ejemplo, decir que cada una se obliga por el total; que se obligan una por la otra; que se obligan conjuntamente con renuncia del beneficio de excusión y de división, etc.

No está reñido con la exigencia de que la solidaridad debe estar expresamente establecida lo dispuesto en el artículo 1,635, según el cual, para que haya novación por cambio de deudor, es necesario que el acreedor dé por libre al primitivo deudor, y si no lo hace se enten-

(44) O. c., tomo II, N.º 784, pág. 426. Sobre si el incumplimiento de la obligación solidaria da lugar a responsabilidad de la misma naturaleza, ver infra N.º 62 y nota 80.

derá que el nuevo deudor es diputado para el pago o que se ha obligado solidaria o subsidiariamente con aquél, según aparezca del tenor o del espíritu del acto. En este caso la solidaridad se va a deducir de interpretar el contrato, lo que es perfectamente posible. Naturalmente, para llegar a esta conclusión, no debe quedar la más leve duda de que la intención de los contratantes ha sido pactar solidaridad (45).

Determinar si en un contrato se ha estipulado o no solidaridad es cuestión de derecho; por lo tanto, lo que sobre el particular resuelvan los jueces de fondo queda sujeto a la revisión de la Corte Suprema. Así lo ha declarado este mismo tribunal (46).

48. **Criterio de la jurisprudencia francesa para dar por establecida la solidaridad.**—De lo expuesto anteriormente se desprende que a falta de un texto legal o de la intención clara de las partes que establezcan la solidaridad, debe entenderse que la obligación es simplemente conjunta. Este principio, que también debería regir en Francia, donde el legislador dice expresamente que la solidaridad no se presume, no ha sido sin embargo respetado por la jurisprudencia, la cual acepta casos de solidaridad fundados en la presunta intención de las partes o en la naturaleza de la obligación, principalmente cuando ésta es común a dos o más personas y resulta difícil asignarle a cada una de ellas una parte en la deuda. Así, se ha estimado que si un padre y una madre separados de bienes contratan un profesor para su hijo, son solidariamente responsables; y que también existe esta misma responsabilidad cuando los copropietarios de un inmueble encargan reparaciones a un tercero.

El espíritu de la jurisprudencia francesa, al apartarse claramente

(45) La Corte de Talca, en sentencia de 14 de enero de 1935, Gaceta de los Tribunales de 1935, N.º 83, pág. 345, dió por establecida la solidaridad aplicando este artículo en el siguiente caso: un señor se comprometió a pagar a un abogado determinada suma por la defensa que éste hiciera de un hijo suyo en un asunto criminal. Dijo la Corte que en semejante estipulación no había novación, ni diputación para el pago, ni fianza, pues el padre "se obligó a satisfacer la deuda de su hijo en concepto de principal deudor, esto es, in solidum". Pero lo curioso es que, después de dar por establecida la solidaridad en el considerando 15, aplica el artículo 2,344, diciendo que la obligación del padre no podía ser más gravosa que la que los hijos habían estipulado con el abogado. A primera vista ello aparece como un error, porque el artículo 2,344 se aplica en la fianza, pero no en la solidaridad.

(46) Sentencia de 14 de enero de 1916, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 193. Los jueces de fondo dieron por establecida la solidaridad y la Corte Suprema declaró su inexistencia.



CAPITULO II

EFFECTOS DE LA SOLIDARIDAD

SECCION PRIMERA

EFFECTOS QUE SE PRODUCEN ENTRE LOS DEUDORES Y EL ACREEDOR

53. Enunciación y explicación de ellos. Teoría del mandato recíproco.—El primer efecto de la solidaridad consiste en la facultad del acreedor para demandar de cualquiera de los deudores el total de la obligación, lo que se justifica porque en esta clase de obligaciones existe unidad de la prestación. Asimismo, la demanda dirigida por el acreedor contra uno de los deudores no extingue la acción contra los otros sino en la parte en que hubiere sido satisfecho por el demandado, conclusión lógica habida consideración a que en la solidaridad —como vimos— existe pluralidad de vínculos.

Fuera de los enunciados, la solidaridad produce otros efectos, que podríamos llamar secundarios y que consisten en que interrumpida la prescripción respecto de uno de los deudores también se interrumpe respecto de los otros (artículo 2,519); en que la mora y la culpa de uno de ellos afecta a los demás (artículo 1,521); en que la sentencia dictada contra uno de los codeudores produce cosa juzgada respecto a los otros; en que prorrogada la jurisdicción con relación a un deudor también se entiende prorrogada para los demás, etc., etc.

En presencia de estos efectos, cabe preguntarse si ellos se explican suficientemente, al igual que los anteriores, con la idea de la unidad de prestación y pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad, o

si esta explicación es insuficiente y es necesario recurrir a otra. Pues bien, en el sentir de la mayoría de los autores semejante explicación no es satisfactoria; por el contrario, ellos ven el fundamento de estos efectos en el mandato tácito y recíproco que existe entre los deudores de la obligación solidaria.

La doctrina del mandato tácito y recíproco arranca su origen desde muy antiguo. Hace alusión a ella Renusson en su obra "Tratado de la subrogación", aparecida en 1685. Desenvuelta por Eustache Pilon en su "Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones", acogida por Toullier en 1814, es después seguida sin vacilación por casi todos los autores, para finalmente recibir su consagración definitiva al ser aceptada sin reservas por la Corte de Casación francesa en sentencia de 15 de febrero de 1873 (51):

Esta teoría ha sufrido diversas variaciones:

Dumoulin, explicando los efectos que se producen por la pérdida de la cosa debida solidariamente, afirma que el mandato existe para conservar y perpetuar la obligación, pero no para aumentarla. Esto dió origen a una crítica. Se dijo que no era razonable presumir un mandato de esta naturaleza, ya que precisamente el interés de los deudores era extinguir el vínculo jurídico y no conservarlo. Como consecuencia de estos ataques, algunos autores modificaron en parte la doctrina: dijeron que cada deudor, mediante el mandato, podría mejorar la posición de los otros, pero no empeorarla (52).

Esta variación de la teoría no es aceptada por Baudry Lacantinerie, quien dice al respecto: "Esta concepción de un mandato que no es válido sino cuando el mandatario mejora la situación del mandante conduce a resultados inadmisibles, sobre todo en materia de cosa juzgada" (53).

Josserand, después de formular una objeción semejante a la de Baudry Lacantinerie, agrega una idea nueva que nos parece muy atinada. "En realidad —dice— el mandato interviene, no en interés de los codeudores, sino en el del acreedor: es lo que a veces parece olvidarse y es lo que Dumoulin, y después de él el Código Civil, han perdido de vista al limitar el pago de los perjuicios, en caso de cul-

(51) Datos sacados de Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1213, pág. 304.  
(52) Larombiere, citado por Baudry Lacantinerie, cita anterior.  
(53) Cita anterior.

el más importante, está expresamente contemplado en el artículo 1,514 en los siguientes términos: "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división". (58). El negar este beneficio a los deudores solidarios significa que se puede cobrar el total a cada uno de ellos. Pero sólo por una razón histórica se justifica que el legislador haya dicho que los deudores no pueden oponer el beneficio de división. Así lo establece el Código francés, el cual consideró necesario hacerlo presente, porque él innovaba sobre el Derecho Romano, donde era posible oponerlo. Pero en realidad era innecesario decirlo, pues ello se desprende del inciso 2.º del artículo 1,511.

El principio de que en la solidaridad pueda demandarse el total a cada uno de los deudores tiene una excepción cuando marido y mujer, en el régimen de sociedad conyugal, se hayan obligado en forma solidaria, pues en conformidad al artículo 1,751 sólo hay acción en contra de la mujer en cuanto el acto le haya reportado utilidad—esta acción emana, no del contrato, sino del principio que nadie puede enriquecerse sin causa. El Código ha derogado en este caso la regla general por la forma como ha organizado la sociedad conyugal: dando poderes omnímodos al marido y declarando en el artículo 1,750 que respecto de terceros éste es dueño de los bienes sociales.

Si bien el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores por el total, no podría en cambio, en la ejecución que siguiere contra uno, embargar bienes de los otros. Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de aplicar este principio en más de una oportunidad con relación al caso en que un bien que pertenece en común a todos los co-deu-

(58) Aplicación de este artículo es la disposición contenida en el artículo 114 de la Ley de Quiebras, que establece que si varios de los deudores solidarios son declarados en quiebra, el acreedor puede presentarse en todas ellas por el valor nominal del crédito hasta su completo pago y participar de los dividendos que dé cada una de ellas. En virtud de esta disposición y del artículo 1,514 es criticable una sentencia de la Corte de Concepción, de fecha 27 de marzo de 1928 (Gaceta de los Tribunales de 1928, 1.º semestre, sentencia N.º 173, pág. 735), en la cual se declara que, verificado un crédito en una quiebra, no puede el acreedor, abandonando esta acción, demandar a los herederos de otros de los co-deudores solidarios. El Ministro señor Brañas Mac Grath, en un voto disidente, sienta la buena doctrina.

dores solidarios sea embargado en su totalidad en la ejecución seguida contra uno solo de ellos (59).

La circunstancia de que el acreedor demande a un deudor, estando el juicio pendiente, no es óbice para que pueda demandar a los otros. El artículo 1,515 aleja toda duda al respecto al manifestar que la demanda dirigida contra uno de los co-deudores no extingue la obligación solidaria sino en la parte en que hubiere sido satisfecho por el demandado (60).

Asimismo, como lo ha declarado la Corte de Valparaíso, de los artículos 1,514 y 1,515 se desprende que si el acreedor se desiste de la acción ejecutiva con respecto al ejecutado, declarando todavía que se reserva la acción contra los otros co-deudores solidarios, el desistimiento no beneficia a éstos (61).

La regla del artículo 1,515 tiene una excepción en el artículo 705 del Código de Comercio, según el cual, si el portador de una letra de cambio hubiere dirigido su acción contra uno de los codeudores de la letra, no puede suspender su curso para ejercerla contra los demás, salvo las excepciones que la misma disposición indica.

55. ¿La sentencia dictada contra uno de los deudores sirve de título ejecutivo contra los que no han intervenido en el juicio? Cosa juzgada.—El acreedor, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 1,514, puede haber demandado a uno de los deudores y obtener sentencia favorable. ¿Podría entonces con ella iniciar ejecución contra aquél o aquéllos que no han intervenido en el juicio? La cuestión se traduce en saber si produce cosa juzgada la sentencia que

(59) Corte de Santiago, sentencias de 24 de marzo de 1899 (Gaceta de los Tribunales de 1899, sentencia N.º 388, pág. 323) y de 11 de abril de 1888 (Gaceta de los Tribunales de 1888, sentencia N.º 351, pág. 287); y Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 1920, (Gaceta de los Tribunales de 1920, sentencia N.º 11, pág. 100), y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XVIII, segunda parte, sección primera, pág. 482.

(60) La Corte Suprema reconoció este principio en sentencia de 19 de agosto de 1931 (Gaceta de los Tribunales de 1931, 2.º semestre, sentencia N.º 19, pág. 110; y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVIII, segunda parte, sección primera, pág. 762). En ella casó la sentencia de la Corte de Concepción de 4 de septiembre de 1930 (Gaceta de los Tribunales de 1930, 2.º semestre, sentencia N.º 118, pág. 444), que erradamente sostenía que para perseguir simultáneamente a dos o más deudores era necesario que se renunciara la solidaridad y se cobrara la cuota a cada uno.

(61) Sentencia de 25 de septiembre de 1917 (Gaceta de los Tribunales de 1917, 2.º semestre, sentencia N.º 267, pág. 820).



la deuda, se vulneraría el principio no discutido de que los privilegios sólo puede establecerlos el legislador, que en consecuencia no es lícito extenderlos a otras personas que las indicadas en la ley y que ellos deben interpretarse restrictivamente (65 bis).

Por las consideraciones anteriores, estimamos errada una sentencia reciente de la Corte Suprema que declaró que el Fisco podía hacer efectivo su privilegio contra el que se constituía fiador y codeudor solidario de lo que adeudaba una persona por derechos de aduana (66). Para resolver en este sentido, el tribunal se fundó en que, habiendo solidaridad, era una misma la obligación del fiador y codeudor solidario y la del deudor directo, olvidando lamentablemente el principio, tantas veces repetido, de que los vínculos que unen a los deudores con el acreedor pueden ser de distinta naturaleza.

Para resolver si se puede invocar el privilegio en los bienes del fiador y codeudor solidario, tiene también importancia determinar si la persona que se obliga como tal pierde su calidad de fiador, transformándose en deudor directo, o si la conserva —cuestión que estudiaremos más adelante (67). Si se estima que el fiador y codeudor solidario no pierde su calidad de fiador, es indudable que no se puede invocar el privilegio. En este sentido se había pronunciado la Corte Suprema con anterioridad a la sentencia a que nos referimos (68).

(65 bis) El artículo 511 —en su redacción primitiva— en relación con lo dispuesto en los N.º 5.º y 6.º del artículo 2,481 nos proporcionan otro argumento en pro de nuestra tesis de que aún tratándose de deudores solidarios para extender a todos el privilegio se necesita de un texto legal. En efecto, el artículo 511 establecía que la ascendiente legítima o madre natural, tutora o curadora que quisiera casarse debía denunciarlo al magistrado para que le nombrara la persona que debía sucederle en el cargo; y, el no cumplimiento de esta formalidad traía como consecuencia la responsabilidad solidaria de ambos por la administración de los bienes del pupilo. Ahora bien, en conformidad al N.º 5.º del artículo 2,481 los pupilos por la administración de sus guardadores gozan contra éstos de un privilegio de cuarta clase. Si el privilegio se pudiese hacer extensivo a todos los deudores solidarios, aun sin texto legal, el Código no tendría para que haber dicho que ese privilegio de cuarta clase también se podía invocar contra el marido de la guardadora, sin embargo considero necesario decirlo expresamente en el N.º 6.º del citado artículo 2,481.

(66) Sentencia de 14 de noviembre de 1938, Gaceta de los Tribunales de 1938, 2.º semestre, sentencia N.º 34, pág. 173, y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVI, segunda parte sección primera, pág. 330. Con anterioridad, la misma Corte, en sentencia de 3 de septiembre de 1898 (Gaceta de los Tribunales de 1898, 2.º semestre, sentencia N.º 418, pág. 373), sin dar fundamento alguno, había aceptado la misma solución.

(67) Ver infra N.º 120.

(68) Sentencia de 26 de mayo de 1914, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XII, segunda parte, sección primera, pág. 266.

Pero, de acuerdo con las ideas expuestas anteriormente, en nuestro sentir no hay necesidad de recurrir a este arbitrio para no hacer aplicable el privilegio al deudor solidario que no tiene interés en la deuda.

57. 2.º) Extinguida la obligación por uno de los deudores solidarios, por pago, novación, confusión, etc., se extingue respecto de todos (69).—El pago, es decir, el cumplimiento de la obligación, efectuado por uno de los codeudores extingue la obligación respecto de todos los demás. Ello como consecuencia de existir en la solidaridad unidad en la cosa debida.

Lo que se dice del pago debe extenderse también a los otros modos de extinguir las obligaciones.

Así, se consideraría extinguida la obligación respecto de todos si alguno de los deudores la solventara, no con el mismo objeto debido, sino con uno distinto, caso en el cual operaría una dación en pago que extinguiría la obligación (70).

Con respecto a la novación, el legislador establece el mismo principio en forma reiterada. Lo dice, en el título de la novación, el artículo 1,645, y, al reglamentar la solidaridad, en el artículo 1,519. Esto no obstante, subsistiría la solidaridad si los deudores accedieran a la nueva obligación; pero la fuente de esa nueva obligación solidaria sería el consentimiento manifestado por los deudores y no el acuerdo anterior. También podría suceder que el acreedor consintiera en la novación con la condición de que los codeudores aceptaren la nueva obligación. En este caso estaríamos en presencia de una novación condicional, contemplada en el artículo 1,633, y la que, una vez producida, no libertaría a los codeudores, los cuales continuarían ligados con el acreedor.

En conformidad al artículo 1,649, la ampliación de plazo que haga el acreedor a uno de los deudores solidarios no constituye novación, y en consecuencia, no pone fin a la responsabilidad de los codeudores.

(69) Al referirnos a las excepciones que puede oponer el deudor demandado (infra N.º 67 a 71), estudiaremos muchos puntos relacionados con la extinción de la obligación que puede hacer valer el deudor, y que no tratamos aquí para evitar repeticiones. Nos remitimos a esa parte.

(70) Sobre el problema de si evicta la cosa dada en pago revive la responsabilidad de los deudores, ver infra N.º 194.

dose de deudores conjuntos, la interrupción de la prescripción que se opera en uno de ellos no perjudica a los otros, principio general consignado en el artículo 2,519, el cual también contiene la excepción para el caso en que exista solidaridad y no se haya renunciado (73 bis).

En el Proyecto de Código aprobado por las Cámaras, el artículo 1,513 constaba de un tercer inciso en el que se establecía que la interrupción de la prescripción perjudicaba a todos los codeudores solidarios. Al hacer la edición auténtica y exenta de errores que se le encargó, don Andres Bello suprimió dicho inciso, porque la regla que él contenía ya estaba dada en el artículo 2,519.

La interrupción de la prescripción que se opera con respecto a uno de los deudores solidarios perjudica a los otros, ya sea ella civil o natural. El artículo 2,519 no distingue. De manera que la interrupción afectará a los codeudores sea que ella emane de la acción judicial deducida por el acreedor o del reconocimiento efectuado por uno de aquéllos. Naturalmente que este reconocimiento debe verificarse antes de cumplirse el plazo de prescripción, porque formulado después habría una renuncia a la prescripción, y esa renuncia no obligaría a los otros codeudores solidarios, aplicando por analogía lo que dispone el artículo 2,496 (74).

También son susceptibles de interrumpirse las prescripciones de corto tiempo enumeradas en los artículos 2,521 y 2,522; pero el efecto de esta interrupción consiste en transformar dichas prescripciones en prescripciones de largo tiempo. Ello quiere decir que tratándose de codeudores solidarios, a virtud de la interrupción que se opere con respecto a uno la prescripción pasa a ser de largo tiempo con respecto a todos.

59. Suspensión de la prescripción.—La suspensión de la prescripción en la solidaridad pasiva no constituye ningún problema. Consiste ella en un beneficio otorgado por el legislador a las personas enumeradas en el artículo 2,509. Beneficia al acreedor, ya que no obs-

(73 bis) La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de mayo de 1937, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVIII, segunda parte, sección segunda, pág. 33, aplica esta disposición al declarar que si hay varios inculpados de un delito, y uno fallece, por lo cual se le sobresee, la prosecución de la acción criminal contra los otros, interrumpe la prescripción respecto a los herederos de aquél.

(74) Claro Solar, o. c., tomo X, N.º 486, pág. 434.

tante transcurrir el tiempo y permanecer él en la inacción, no corre sin embargo en su contra la prescripción. Por eso decimos que no hay problema de ninguna especie. Si el acreedor, por ejemplo, fuere una persona sometida a curaduría, se suspendería la prescripción con respecto a todos los deudores solidarios, y por lo tanto ninguno de ellos podría empezar a prescribir, ni menos llegar a liberarse de la obligación, mientras el acreedor no deje de ser pupilo (75).

60. Desde cuándo empieza a contarse la prescripción que favorece a los deudores.—Si la obligación se hace exigible para todos los deudores en el mismo momento, no hay duda de que la prescripción comienza a correr para todos desde ese instante. Pero dada la pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad, es perfectamente posible —como también lo reconoce el artículo 1,512— que la exigibilidad de la obligación se produzca en épocas distintas. Tal acontecerá si uno de los deudores se obliga simplemente, el otro a plazo y un tercero bajo condición. En este caso, ¿será necesario esperar que la obligación sea exigible respecto de todos para comenzar a contar el plazo de prescripción, o el plazo correrá desde que se hace exigible para el primero? La respuesta a ambas preguntas es negativa. El plazo de prescripción de cada deudor se comenzará a contar independientemente, desde que su obligación se haga exigible (76) y (77).

61. 4.º) Producida la mora con respecto a uno de los deudores, quedan los otros colocados en el mismo estado.—Que la mora de uno de los deudores afecta a los otros, es un efecto de la solidaridad que reconocen todos los autores y que recibe aplicación en el artículo 1,521, del cual luego nos ocuparemos. Sin embargo, para que

(75) Es frecuente ver que los autores se planteen el problema de la suspensión de la prescripción en la solidaridad pasiva —por ejemplo Claro Solar (o. c., tomo X, N.º 488, pág. 435)—, pero para referirse a algo muy distinto, a saber, desde cuándo se cuenta la prescripción cuando la obligación se hace exigible para los deudores en distintas épocas. Hay, pues, una evidente impropiedad del lenguaje.

(76) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1223, pág. 314.

(77) Relacionado con la exigibilidad de la obligación se presenta el problema de saber si, producida la caducidad del plazo con respecto a uno de los deudores, también se produce con respecto a los demás. La mayoría de los autores resuelven la negativa (Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1039, pág. 187; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 214, pág. 227; Aubry et Rau, o. c., tomo IV, pág. 142, nota 20).

Distinta es la situación si de parte de dos o más deudores ha existido dolo o culpa grave, pues entonces, en conformidad al inciso 2.º del artículo 2,317, a que nos referimos en otra oportunidad, existiría entre ellos responsabilidad solidaria (81).

63. Caso en que se haya estipulado una cláusula penal.—El legislador no soluciona expresamente la cuestión de saber a quién puede demandarse la cláusula penal estipulada por todos los deudores cuando se pierde la cosa o hay incumplimiento de la obligación. Sin embargo, desde los tiempos de Pothier los autores estiman que podría pedirse la totalidad de cualquiera de los deudores, quedando a salvo naturalmente la acción de repetición contra el culpable o moroso. Aubry et Rau se preguntan por qué con la cláusula penal se sigue un criterio distinto al que se adopta con respecto a los perjuicios, y dan como razón que la obligación de pagar los perjuicios es una obligación nueva, cuya causa se encuentra únicamente en la contravención del deudor; en cambio, la de pagar la pena es una obligación condicional, preexistente, estipulada como accesoria de la obligación principal (82). En otros términos, según estos autores la solidaridad estipulada en el contrato alcanza y se hace extensiva al pago de la pena.

64. 6.º) Prorrogada la jurisdicción con respecto a un deudor, se entiende prorrogada con respecto a los demás.—El principio según el cual la prórroga de la jurisdicción que se opera con respecto a uno de los deudores afecta a los otros, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia. Así lo han declarado la Corte de Apelaciones de Talca y la Corte Suprema, confirmando ésta la sentencia de aquella (83). Fundan esta decisión en el mandato tácito y recíproco que une a los deudores en la solidaridad.

65. 7.º) Para que se perfeccione la cesión de créditos, basta con la notificación o aceptación de uno de los deudores.—De

(81) Ver supra N.º 46.

(82) O. c., tomo IV, pág. 46, nota 29. En términos semejantes a estos autores se expresa Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 312, pág. 311.

(83) Sentencias de 7 de mayo de 1919 (Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 1289, pág. 979) y de 10 de julio de 1920 (Gaceta de los Tribunales de 1920, 2.º semestre, sentencia N.º 2, pág. 12). En el mismo sentido afirma Manuel E. Ballesteros al comentar el artículo 239 de la Ley Orgánica de los Tribunales, en su obra "La Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Chile", tomo II, pág. 296.

acuerdo con el artículo 1,902, para que se perfeccione la cesión de créditos es necesario que se notifique al deudor o que éste la acepte. Pues bien; tratándose de un crédito en que existan varios deudores solidarios, bastaría con que se produjera cualquiera de esas circunstancias en uno solo de ellos para que la cesión se entendiera perfeccionada con respecto a todos. Ello como una consecuencia del mandato que existe entre los deudores (84).

66. Las partes pueden limitar los efectos de la solidaridad.—No cabe duda de que sería lícita una estipulación entre el acreedor y los deudores mediante la cual limitaremos los efectos de la solidaridad. Como vimos, fuera del efecto principal, de la esencia, de la solidaridad —cual es que el acreedor pueda demandar el total de cada uno de los deudores— existen los otros que hemos estudiado y que en comparación con él hemos denominado secundarios. Nada obstaría a que se limitaran estos últimos, acordando por ejemplo que la interrupción de la prescripción que se operara en uno de los deudores no perjudicase a los otros. Esta conclusión se ve abonada con el hecho de que siendo posible la renuncia de la solidaridad, con mayor razón será posible atenuar sus efectos, en virtud del conocido aforismo jurídico de que quien puede lo más puede también lo menos.

Sin embargo, la limitación no podría llegar hasta suprimir el derecho del acreedor para demandar el total a cada uno de los deudores, porque, como decimos, él es de la esencia de la solidaridad, no puede faltar; su ausencia transformaría la obligación solidaria en simplemente conjunta.

67. La solidaridad imperfecta.—Relacionada con los efectos de la solidaridad nació en Francia una doctrina que distingue dos clases de solidaridad: la perfecta y la imperfecta. De acuerdo con esta distinción, la primera produce todos los efectos de la solidaridad, la segunda únicamente el principal de poder demandar el total a cada deudor, pero no los secundarios.

(84) Jossierand, o. c., tomo II, N.º 768, pág. 418; Aubry et Rau, o. c., tomo V, pág. 203, nota 6; Baudry Lacantinerie, o. c., ("de la vente"), N.º 772. En contra, Laurent, o. c., tomo XVI N.º 503; Alejandro Silva Bascuñán, "De la cesión de derechos", N.º 163, pág. 152. Los autores de la primera doctrina aceptan sin embargo como válido el pago hecho de buena fe al cedente por el deudor que no ha sido notificado.

vínculos que existe en la solidaridad, que ellas se presentaren sólo con respecto a uno de los deudores, y no con respecto a los otros. En este caso, ¿será lícito a los deudores cuya obligación sea válida alegar la nulidad? La respuesta afirmativa nos la da el hecho de que conforme al artículo 1,683 la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera que tenga interés, y el interés de los deudores es evidente, ya que así se verán libre de la obligación. Por eso la nulidad absoluta va a ser siempre una excepción común, sea que la causal incida en el deudor demandado o en cualquiera de los otros. En este último caso, consideramos que no sería obstáculo para alegar la nulidad la circunstancia de que el acto lo hubiere celebrado el deudor sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, ya que el que alega la nulidad no es el contratante, ni invoca la calidad de tal, sino el interés que tiene en hacerla valer (92).

También constituyen excepción real las modalidades que afectan a toda la obligación. Pero si sólo la obligación de algunos estuviere sujeta a modalidades, éstas ya no tendrían dicho carácter, pues entonces pasarían a ser excepción personal, que únicamente aquéllos podrían alegar.

Conforme al artículo 2,354, también constituye excepción real la cosa juzgada, lo que viene a corroborar nuestro aserto de que la sentencia que se dicta contra uno de los deudores produce cosa juzgada con respecto a los otros.

En cuanto a los modos de extinguir las obligaciones, tienen también el carácter de excepciones reales si ellos afectan a la obligación en sí misma. Así, el deudor podrá oponer como defensa la extinción de la obligación por pago, dación en pago, novación, reconciliación, confusión, imposibilidad en la ejecución, etc.

La prescripción es asimismo una excepción real. Si el plazo de prescripción se ha cumplido para todos los deudores, es indudable que cada uno puede invocarla. Pero vimos en su oportunidad que la obligación podía hacerse exigible con respecto a los distintos deudores en épocas diversas, y entonces puede darse el caso de que en un momento determinado la obligación de uno de los deudores se halle prescrita y la de los otros no. Y en este evento, ¿en qué situación queda el deudor que aun no completa el plazo de prescripción? Baudry Lacanti-

(92) Sin embargo, llevando hasta sus extremos el hecho de que exista entre los deudores un mandato, podría discutirse esta solución.

nerie (93) estima que, ante la demanda del acreedor, podría el deudor oponer la prescripción cumplida por los otros, lo mismo que podría oponer el pago, ya que la prescripción se basa en una presunción de pago. Esta doctrina, que nos parece la buena, es repudiada por Laurent (94), quien, aplicando por analogía el artículo 1,518, que se refiere a la remisión, cree que se podría perseguir al deudor que no ha enterado el plazo de prescripción, pero deduciendo de la demanda las cuotas de aquéllos que lo hubieren completado.

Otros modos de extinguir las obligaciones pueden ser tanto excepciones reales como personales. Tal acontece con el evento de la condición resolutoria y el término extintivo, que constituirían excepción real si afectaren a toda la obligación, pero personal si se refirieren a la obligación de algunos de los deudores. Finalmente, la transacción, a pesar de ser un modo de extinguir las obligaciones como veremos a continuación es una excepción personal.

**70. Excepciones personales.**—Son excepciones personales la condición y el plazo —suspensivo o resolutorio,— cuando no afectan a todos los deudores; la cesión de bienes, el beneficio de competencia, la incapacidad relativa, la transacción y los vicios del consentimiento. Estas dos últimas requieren un comentario especial.

Como ya lo vimos (95), el artículo 2,461 proclama el carácter de excepción personal que tiene la transacción, al decir que ella produce efecto únicamente entre los contratantes, salvo que lleve envuelta una novación, pues entonces sería una excepción real.

Influenciado el legislador por la idea de que la transacción es un contrato intuito persona, no reparó en que era inconsecuente al darle el carácter de excepción personal, por cuanto en el artículo 2,461 le atribuye el efecto de cosa juzgada en última instancia y a la cosa juzgada la considera excepción real. Así mismo, el criterio seguido por el legislador en materia de transacción significa un desconocimiento del mandato que liga a los deudores, pues, respetando este principio, lo lógico habría sido establecer que la transacción concluida por uno de los deudores solidarios afectaba también a los otros.

Los vicios del consentimiento, es decir, el error, la fuerza y el do-

(93) O. c., tomo II, N.º 1252, pág. 339.

(94) O. c., tomo XVII, N.º 335, pág. 336.

(95) Ver supra N.º 57.

tifica en el terreno de los principios. La compensación es un doble pago que opera por el ministerio de la ley. Por lo tanto, se habría sido más consecuente con este precepto si se hubiere permitido a cualquiera de los deudores alegar en compensación el crédito que otro de ellos tuviera contra el acreedor. La razón que se aduce contra esta solución —esto es, que los demás deudores se entrometerían en los negocios del deudor con el acreedor si se les admitiera alegar dicha compensación— es en verdad un justificativo que no convence a nadie.

Lo dicho anteriormente es sobre la base de que el deudor que es acreedor del acreedor común no haya personalmente opuesto la compensación, porque desde el momento en que la opone ésta pasa a ser una excepción real, y entonces cualquiera de los deudores podría alegar la extinción de la obligación. En suma, mientras la compensación no es alegada por el deudor, no pueden oponerla los otros deudores, salvo que aquél les cediere el derecho; pero, una vez alegada, se entiende extinguida la obligación y cualquiera puede hacerla valer en su favor.

## SECCIÓN SEGUNDA

### EFFECTOS QUE SE PRODUCEN ENTRE LOS DEUDORES

72. Principio general. Distinción según que la obligación interese a todos los deudores o a uno solo de ellos.—Si la obligación solidaria se ha extinguido por algún medio que no signifique un empobrecimiento, un sacrificio pecuniario para los deudores —como ser por remisión total, prescripción o imposibilidad en la ejecución—, carece de importancia el estudio de los efectos de la solidaridad entre los deudores. En tal caso, los efectos de la solidaridad cesan definitivamente, tanto con respecto al acreedor como a los deudores entre sí.

Distinta es la situación si uno de los deudores ha extinguido la obligación por el pago o un medio equivalente a él. En este caso en que uno solo de ellos ha soportado el peso de la extinción de la obligación, sufriendo de este modo una disminución de su patrimonio, lógicamente tienen que nacer relaciones internas con los demás deudores. La situación es muy semejante a la que se presenta con relación al pasivo de la sociedad conyugal. Esta, frente al derecho de persecución

de los acreedores, está obligada a solventar las obligaciones que sean comunes o de cargo de uno de los cónyuges; pero después vienen las relaciones internas entre éstos y la sociedad para determinar quién va a soportar en definitiva el pago. Lo mismo pasa en la solidaridad: el acreedor puede perseguir a cualquiera de los deudores, pero, una vez extinguida la obligación por uno de ellos, nacen las relaciones de éste con los otros tendientes a determinar quién va a cargar a la postre con la extinción.

El artículo 1,522, que reglamenta los efectos que produce la solidaridad entre los deudores, hace un distinguo según que ella interese a todos los deudores —es decir, que se haya contraído en beneficio de todos— o que sólo interese a alguno o algunos de ellos. Esto último es perfectamente posible, porque bien puede acontecer que una persona se haya obligado como codeudor solidario sin tener interés en la obligación, sólo para otorgar una garantía. Y es precisamente en este caso cuando aparece con más nitidez el carácter de garantía que tiene la solidaridad.

73. 1.º) Todos los deudores solidarios tienen interés en la obligación. El que paga se subroga al acreedor. Características de esta subrogación.—Si la obligación solidaria se ha contraído en beneficio de todos los deudores y uno de ellos la ha extinguido por el pago o un medio equivalente a él, el artículo 1,522 establece en su inciso 1.º que el deudor “queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los deudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda”.

La subrogación que se produce en favor del deudor en los derechos del acreedor, que nuestro Código también consagra en el N.º 3 del artículo 1,610, no siempre ha existido con el carácter de legal. En el Derecho Romano, el deudor sólo tenía facultad para solicitar del acreedor que lo subrogara voluntariamente.

Es interesante advertir que esta subrogación presenta características que la diferencian de la subrogación ordinaria. Por de pronto, esta última se opera en favor de un tercero que paga la deuda, es decir, de un extraño a la obligación; en cambio, en la solidaridad el beneficio de la subrogación alcanza al deudor solidario, el cual, lejos

determinación? Creemos que lo más justo es que, a falta de una regla especial, se consideren iguales las cuotas de cada uno de los deudores. Cualquiera otra solución sería arbitraria y sin base legal. Esta cuestión se ha presentado principalmente tratándose de la responsabilidad solidaria que afecta a los autores de un delito o cuasidelito, y se han vertido muchas opiniones al respecto. Unos estiman que el que paga carecería de acción para repetir contra los demás; otros, que el juez tendría facultad para distribuir la indemnización (105). Pero repetimos: en nuestro concepto debe aceptarse lisa y llanamente que la cuota de los culpables sea la misma (106).

76. Caso en que el deudor solidario que paga puede repetir por el total contra los otros obligados.—Una marcada excepción al principio del artículo 1,522, según el cual el deudor que paga no puede repetir contra los otros sino por la parte o cuota, constituye lo dispuesto en el artículo 704 del Código de Comercio. Según él, si una letra de cambio es pagada por un endosante, puede el pagador exigir, a su elección, de cualquiera de los demás codeudores solidarios el reembolso de su importe y gastos. La doctrina ha entendido que esta repetición sólo podría hacerse de los endosantes anteriores al que paga y no de los posteriores, por la garantía que debe el endosante al endosatario.

La razón de la derogación de los principios generales contenida en el citado artículo 704 se encuentra en el carácter de acto abstracto que tiene la letra de cambio, que vale por la firma, como documento en sí, independientemente de las relaciones jurídicas que unan a las partes que figuran en ella.

77. Fuera de la acción subrogatoria, el deudor que paga goza también de una acción personal para reembolsarse.—Hemos visto que el deudor que paga la obligación o que la extingue por un medio equivalente al pago, se subroga al acreedor en sus derechos, con la sola limitación de que no puede perseguir a los otros deudores sino por la parte o cuota que tengan en la deuda. En lo demás queda

(105) Ver Dalloz, o. c., sobre el artículo 1214, N.º 8 a 27.

(106) Esta es también la opinión sustentada por el profesor don Arturo Alessandri R., en su Curso de Derecho Civil Comparado sobre la responsabilidad extracontractual.

colocado en la misma situación del acreedor, gozando, como dice el artículo 1,522, de los privilegios y seguridades que tuviere éste (107).

Pero, fuera de esta acción, ¿no tiene el deudor otra que hacer valer contra sus codeudores y que emane de las relaciones que con ellos lo liga? Para contestarnos a esta pregunta, es preciso recordar que en los distintos casos de subrogación legal del artículo 1,610, el tercero que paga goza además de una acción personal, emanada del vínculo que lo una con el deudor. Así por ejemplo, el tercero que paga con el consentimiento del deudor goza de la acción derivada del mandato, por haber un verdadero mandato; el fiador que paga goza de la acción emanada de la fianza, establecida en el artículo 2,370; el que se subroga en el caso del N.º 6 del artículo 1,610 goza de las acciones derivadas del mutuo para obtener la restitución de lo prestado.

Con estos antecedentes es fácil concluir que el deudor que paga está también premunido de la acción personal derivada del mandato —la *actio mandati*— que, como sabemos, une a los deudores en la solidaridad. La existencia de esta acción aparece más clara en el Código francés que en el nuestro. En éste, los artículos 1,610 y 1,522 se refieren a la acción subrogatoria; en cambio, en aquél se refiere a ella el 1,251, y el 1,214 dice por su parte que el deudor que ha pagado la totalidad no puede repetir contra los otros sino por la parte o porción de cada uno. Vemos que esta última disposición no se refiere exclusivamente a la acción subrogatoria, sino que en sus términos amplios cabe también la acción personal.

El hecho de que el deudor que paga goce de las acciones personal y subrogatoria nos ayuda a resolver un problema planteado entre los autores, referente a si el deudor puede cobrar de los otros los intereses de la suma pagada. Baudry Lacantinerie y Laurent resuelven la afirmativa (108). Pero esta opinión, en la forma general en que las vierten, no nos parece exacta. Porque si el deudor invoca los derechos del acreedor en que se ha subrogado y la deuda no producía intereses, es inconcuso que no podría cobrarlos. Por el contrario, hacien-

(107) Un punto muy interesante y que estudiaremos más adelante es el de saber si el plazo de prescripción de la acción subrogatoria que puede ejercitar el deudor se cuenta desde que era exigible en manos del acreedor o desde el pago (ver infra N.º 184).

(108) Os. cs., tomo II, N.º 1266, pág. 350 y tomo XVII, N.º 361, pág. 362, respectivamente.

título 1,522 soluciona la cuestión, estableciendo que dicha cuota se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad. Además está decir que la cuota del insolvente también grava al deudor que ha cancelado la deuda.

La regla que venimos de formular constituye una excepción al principio de que en las obligaciones conjuntas la insolvencia de uno de los deudores no grava a los otros. Y decimos que es una excepción porque la solidaridad desaparece una vez extinguida la obligación, pasando a ser conjunta en las relaciones particulares de los deudores. Pero si el legislador abandonó este principio, fué porque de seguirlo se habría producido una injusticia totalmente reñida con la equidad, al hacer cargar con la parte del insolvente únicamente al deudor que extinguió la obligación.

También debe soportar la cuota del insolvente, en proporción a la suya, aquel deudor a quien el acreedor ha exonerado de la solidaridad. Sienta el legislador esta regla porque la exoneración o remisión parcial de la solidaridad es un acto que tiene lugar entre el acreedor y el deudor, en el cual no han tenido ingerencia alguna los otros deudores y, en consecuencia, él no puede producir efectos respecto de ellos.

En relación con la cuota de la insolvencia que corresponde al deudor exonerado de la solidaridad, algunos comentadores del Código francés han sostenido, traicionando abiertamente la letra del artículo 1,215, que ella no debe soportarla el deudor exonerado, sino el acreedor, el cual, en consecuencia, al demandar al deudor, debe descontar de la demanda la cuota del insolvente que correspondería a aquél a quien ha liberado de la solidaridad. Pero esta doctrina, acogida por Aubry et Rau en la cuarta edición de su Curso de Derecho Civil (113) y luego abandonado en la edición siguiente (114), es repudiada por la casi unanimidad de los autores (115).

Resumiendo, tenemos que la cuota del deudor insolvente se reparte entre todos los codeudores solidarios, incluyendo al que hizo el pago y a aquél a quien se exoneró de la solidaridad. Pero para ello es necesario que la insolvencia haya existido al momento en que el deudor

(113) O. c., tomo IV, pág. 33, nota 43.

(114) O. c., tomo IV, págs. 50-51, nota 40.

(115) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1261 y 1262; Laurent, o. c., XVII, N.º 363, pág. 364.

efectuó la cancelación, pues si ella se produce con posterioridad sólo debe soportarla el que extinguió la obligación, pagando así su negligencia al no haber repetido contra el deudor insolvente antes que cayere en este estado (116).

Por el contrario, no están obligados a cargar con la cuota del insolvente el deudor que no tiene interés en la obligación y aquél a quien el acreedor ha remitido su parte en la deuda. El primero, porque el artículo 1,522 dice que la cuota del insolvente se reparte entre los otros a prorrata de sus cuotas, y como aquél no tiene parte alguna en la deuda, hay que concluir que tampoco debe soportar la del insolvente. Y el segundo, porque al remitírsele la deuda se ve el deseo del acreedor de liberarlo de la obligación solidaria, y en consecuencia la parte o cuota del insolvente que le habría correspondido debe soportarla el acreedor, deduciéndola de la demanda. Pero esta solución debe entenderse sin perjuicio de que el acreedor haya limitado la remisión únicamente a la cuota que personalmente correspondía al deudor en la deuda, como asimismo de que pueda alegar que por no tener conocimiento de la insolvencia al momento de la remisión, no quiso comprender en ésta la responsabilidad que al deudor remitido le afectaba con motivo de la insolvencia.

(116) Larombiere y Demolombe, citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 1214, N.º 54.

nunciar a la solidaridad expresa o tácitamente, respecto de uno de los deudores o respecto de todos. De aquí se desprende que la renuncia, en cuanto a la forma de hacerse, puede ser expresa o tácita, y en cuanto a su amplitud, total o absoluta y parcial o relativa.

La renuncia expresa y total no presenta mayores dificultades. Será expresa cuando se haga en términos formales y explícitos, y total, como dice el inciso final del artículo 1,516, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda, lo que en otros términos significa que la obligación, de solidaria que era, se transforma en conjunta. Si la renuncia es parcial, la obligación no toma este nuevo carácter, pues la solidaridad continúa respecto de los deudores no exonerados de ella.

84. La renuncia tácita y parcial. Cuándo se produce.—A diferencia de la expresa y total, la renuncia tácita y parcial presenta algunas dificultades, lo que ha movido al legislador a reglamentarla especialmente, diciendo en el inciso 2.º del artículo 1,516 que ella existe cuando el acreedor exige o reconoce a un deudor el pago de su parte o cuota en la deuda, expresándolo así en la demanda o carta de pago y sin hacer reserva especial de la solidaridad o general de sus derechos.

Es necesario, en primer término, que el acreedor exija o reciba del deudor su parte o cuota en la deuda. No se precisa que se empleen las palabras parte o cuota: el acreedor puede valerse de expresiones semejantes. Pero no se presumiría la renuncia si se cobrara a un deudor en pesos una suma igual a su cuota en la deuda. El Código francés lo dice expresamente; el nuestro consideró innecesario decirlo.

En segunda lugar, se requiere que se deje constancia en la demanda o en la carta de pago o recibo que se ha exigido o recibido del deudor su parte o cuota en la deuda. La ley quiere, tratándose de la renuncia de un derecho, que exista una prueba preconstituida de los antecedentes sobre los que descansa la presunción de renuncia.

Finalmente, es preciso que, concurriendo los dos requisitos anteriores, el acreedor no haga reserva especial de la solidaridad o general de sus derechos. Ello por una razón muy simple: el legislador presume la renuncia por la concurrencia de los requisitos anotados; pero si el acreedor manifiesta intención contraria, es lógico que cese la presunción.

Reunidos los requisitos estudiados, se produce la renuncia de la

solidaridad. Nos parece inconcuso que al acreedor no se le admitiría alegar que, no obstante concurrir estas circunstancias, no ha tenido la intención de renunciar. El silencio del legislador nos hace llegar a esta conclusión, pues cuando éste quiere que pueda destruirse una presunción de remisión de un derecho, lo dice expresamente, como acontece por ejemplo en el artículo 1,654.

Un punto de solución bastante dudosa es el de considerar si el acreedor que demanda al deudor por su parte o cuota puede arrepentirse y demandarlo por el total. En el Código francés es indudable que sí, porque de acuerdo con su artículo 1,211 la remisión no se produce mientras el deudor no acepta la demanda o no se haya dictado sentencia condenatoria. Baudry Lacantinerie (118) dice: "Mientras cualquiera de estas dos circunstancias no se produzca, la oferta de remisión no ha sido aceptada y ella puede ser retirada. Tal es el motivo de esta disposición". En nuestro Código, a pesar de que el artículo 1,516 no contiene estas exigencias, creemos que la cuestión debe resolverse en el mismo sentido, y ello por una razón histórica: don Andrés Bello tomó el inciso 2.º del artículo 1,516 de Pothier —así consta de la nota puesta al margen del artículo 1,697 del Proyecto de 1853—, y este juriconsulto sostenía la misma tesis que el Código francés, expresándose en los siguientes términos: "En tanto que el deudor no se haya adherido a esa demanda, y ofrecido por consiguiente pagar su parte, esta demanda no puede hacer adquirir al deudor derecho alguno, ni eximirle de la solidaridad, ni por consiguiente impedir al acreedor aumentar sus conclusiones contra él y pedirle el total de la deuda" (119).

No obstante la renuncia parcial de la solidaridad, el acreedor conserva su acción solidaria contra los otros deudores, y en conformidad al inciso 3.º del artículo 1,516 puede perseguir de ellos la parte o cuota del crédito no solventada por el deudor respecto del cual renunció a la solidaridad. Nuestro Código se apartó en este punto del francés, que en su artículo 1,210 priva al acreedor del derecho de cobrar a los otros deudores la parte del deudor exonerado de la solidaridad aún cuando éste no pague su cuota. Consideramos preferible el criterio seguido por el legislador chileno, por ser más equitativo.

(118) O. c., tomo II, N.º 1284, pág. 370.

(119) O. c., tomo I, N.º 277, pág. 233, que es la cita hecha por Bello.



“dor no la haya aceptado” (121). Por su parte, Pescio agrega: “La fianza es siempre un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor, aun cuando, como pudiera desprenderse a primera vista no fuera así en los casos de fianza legal o judicial” (122). No está demás advertir que en los Proyectos del Código Bello definía la fianza como un contrato. Tal acontecía en el artículo 2,499 del Proyecto de 1853.

La fianza es un contrato que se celebra entre el acreedor y el fiador. En su otorgamiento no interviene el deudor. Por eso es que el artículo 2,345 establece expresamente que se puede afianzar sin orden, sin noticia y aun contra la voluntad del deudor.

De la definición que el artículo 2,335 da de la fianza aparece en claro el carácter de caución personal que ella tiene. La garantía consiste en que el acreedor va a poder ejercitar sobre el patrimonio del fiador el derecho de prenda general, de manera que al no mediar la fianza sólo lo podría hacer efectivo en el patrimonio del deudor. El fiador no es entonces deudor directo, sino subsidiario, porque solamente ha consentido en la obligación para garantizar su cumplimiento por el deudor principal.

**87. Diferencias de la fianza con la solidaridad pasiva con la promesa de hecho ajeno y con el caso contemplado en el artículo 2,152 (123).**—Estas tres instituciones presentan semejanzas con la fianza; pero al mismo tiempo se diferencian profundamente de ella.

Las diferencias de la fianza con la solidaridad pasiva son varias. Veamos las más fundamentales. Por ejemplo, en las obligaciones solidarias todos los obligados son deudores principales y directos; en cambio, en la fianza el fiador es un deudor subsidiario. De aquí se sigue que los codeudores solidarios no gozan de los beneficios de excusión y de división, que son propios y característicos del fiador. En seguida, en la solidaridad debe ser una misma la cosa debida por todos los deudores (124); ello, en cambio, no es de rigor en la fianza, porque bien

(121) Des contrats aléatoires, du mandant, du cantonnement de la transaction (tomo XXI del “Traité Théorique et Pratique de Droit Civil), N.º 913, pág. 441.

(122) O. c., N.º 44, pág. 38.

(123) Sobre las diferencias de la fianza con la cláusula penal, ver supra N.º 22, y sobre la llamada fianza en efectivo ver infra N.º 247.

(124) Ver supra N.º 42.

puede darse el caso de que la obligación principal sea de hacer o de entregar una especie o cuerpo cierto, y entonces va a ser distinta de la obligación del fiador, que siempre es de pagar una cantidad de dinero. Por esta razón la Corte Suprema resolvió que si una persona se obligaba a entregar tres películas y otra persona contraía en caso de incumplimiento la obligación de pagar \$ 20,000, para cuyo efecto se constituía en fiador y codeudor solidario, había una simple fianza y no una obligación solidaria (125).

En la promesa de hecho ajeno, de acuerdo con el artículo 1,450, el tercero cuyo hecho se promete no contrae obligación alguna sino en virtud de su ratificación; y si ella no se produce, el otro contratante tiene acción de perjuicios contra el promitente. Pero a virtud de esta obligación el promitente no se transforma en fiador. Porque la fianza es accesoria y la obligación de pagar los perjuicios que tiene el promitente es principal. Además en la fianza, una vez que el fiador solventa la obligación puede repetir contra el deudor; en cambio, el promitente no goza de la acción de repetición; él soporta en definitiva la indemnización pagada.

Finalmente, la fianza es algo distinto del caso contemplado en el artículo 2,152, que los franceses llaman obligación del “ducroire” y los italianos obligación del “credere”, y el cual se presenta cuando el mandatario, por pacto expreso, se hace responsable de la solvencia del deudor y de todas las dificultades y embarazos del cobro. Semejante obligación difiere de la fianza porque tiene el carácter de principal y constituye una especie de seguro (126).

**88. 1.º Es un contrato consensual.**—En cuanto a la forma como se perfecciona, la fianza es un contrato consensual, lo que significa que para que nazca a la vida jurídica basta con el acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador. No prosperó en el Código definitivo la idea que contenía el Proyecto de 1853 en su artículo 2,404 de exigir que la fianza constara por escrito, lo que es de lamentar, porque dada la trascendencia que tiene este contrato para el fiador, es preferible

(125) Sentencia de 13 de diciembre de 1934, “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XXXII, segunda parte, sección primera, pág. 188.

(126) Pescio, o. c., N.º 59, pág. 47.

Cuando la fianza es gratuita, no por ello constituye una donación. Así lo dice el artículo 1,397, y justificadamente, porque por su sola celebración no hay empobrecimiento del fiador y enriquecimiento del deudor. Por eso, con más propiedad puede decirse que la fianza es un contrato desinteresado, nombre que da la doctrina a los contratos que sin ser donación tienen el carácter de gratuitos.

93. 4.º Es un contrato accesorio. Consecuencias que se derivan de este carácter. La obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal.—El carácter de accesorio de la fianza lo reconoce el Código al definirla en el artículo 2,335 y en el artículo 46 al enumerarla entre las cauciones. De esta característica se siguen consecuencias interesantes: que para su validez la fianza requiere de la existencia de una obligación a la cual acceda; que extinguida la obligación principal se extingue la fianza (artículo 2,381); que la acción del acreedor contra el fiador prescribe conjuntamente con la obligación que garantiza (artículo 2516); que el fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales (artículo 2,354), y que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal (artículo 2,344). Por el momento nos ocuparemos de esta última consecuencia, dejando las otras para más adelante (132).

Pothier enseñaba que la obligación del fiador no podía ser más gravosa que la del deudor principal no sólo "quantitate", sino también "die", "loci", "coditione" y "modo" (133). Esta idea es la que reproduce el artículo 2,344 de la siguiente manera: "El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, 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; pero puede obligarse en términos menos gravosos". Consecuente con este principio, y hasta cierto punto incurriendo en una repetición, el inciso 1.º del artículo 2,343 agrega por su parte que "el fiador no puede obligarse a más de lo que deba el deudor principal, pero puede obligarse a menos".

(132) Ver *infra* N.º 96, 110 y siguientes, 157, 192 y siguientes y 205.

(133) O. c., tomo II, N.º 371, pág. 47.

Aplicando las disposiciones citadas, tenemos que la obligación del fiador no puede devengar intereses si ellos no corren contra el deudor, o ser mayores que los estipulados con éste, porque desde el punto de vista del monto su obligación sería más gravosa que la del deudor principal.

Tampoco la obligación del fiador puede exceder en cuanto al plazo a la del deudor principal. Veremos más adelante que cuando la obligación del fiador es más gravosa que la del deudor, debe reducirse a los mismos términos de ésta. Ahora bien, como lo hace notar Pescio (134), hay una derogación a este principio en el caso en que se amplíe el plazo de la obligación principal, pues en este evento el artículo 1649 establece que se extingue la fianza, cuando aplicando la regla general debía también ampliarse el plazo al fiador, para que así su obligación no fuera más gravosa que la del deudor. Sin embargo, esta excepción se justifica, porque la alteración del plazo se ha convenido entre acreedor y deudor sin el consentimiento del fiador, y, por lo tanto, es lógico que no lo obligue.

La mayor gravosidad de la obligación del fiador puede emanar también del lugar en que deba efectuarse el pago, cuando por ejemplo se comprometiera a efectuarlo en un lugar distante, que le acarreará mayores dificultades.

También sería más gravosa la obligación para el fiador si se obligara pura y simplemente, siendo condicional la obligación del deudor.

Pescio (135) considera de difícil aplicación práctica el principio de que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal en cuanto al modo del pago, porque Pothier (136) al decir modo del pago quería referirse a que la obligación principal fuera alternativa o facultativa; y, habida consideración a que la obligación del fiador siempre consiste en pagar una cantidad de dinero, no puede darse el caso de que su obligación sea más gravosa. Reconociendo lo acertado de la observación, creemos sin embargo que podría presentarse el caso. Por ejemplo, si el fiador se comprometiera a pagar en dinero efectivo o en determinada clase de moneda y el deudor no tuviera estas limitaciones.

Finalmente, la obligación del fiador no puede ser más gravosa des-

(134) O. c., N.º 111, pág. 87.

(135) O. c., N.º 112, pág. 89.

(136) O. c., tomo II, N.º 375, pág. 50.

## CAPITULO II

## REQUISITOS DE VALIDEZ

96. **Enumeración.**—Como contrato, la fianza necesita para su validez los requisitos generales de toda declaración de voluntad, esto es, consentimiento, capacidad, objeto y causa. A ellos debemos agregar uno propio de la fianza y que deriva de su carácter accesorio, cual es la necesidad de la existencia de una obligación principal a la que acceda.

## A. EL CONSENTIMIENTO

97. **No se presume, debe ser expreso.**—La fianza es un contrato consensual, según acabamos de ver. En consecuencia, la forma de manifestar el consentimiento en ella no está sujeta a solemnidades; puede ser tanto verbal como escrita.

Pero si bien hay ausencia de solemnidades, es necesario tener presente que en conformidad al artículo 2,347 la fianza no se presume. Como observa Laurent (140), hay cierta impropiedad en decir que la fianza no se presume, porque no sólo respecto de ella acontece así, ya que ninguna otra obligación se presume. Lo que quiere significar el legislador al decir que no se presume, es que el consentimiento debe ser expreso, con lo que hace una excepción al principio según el cual en Derecho vale tanto el consentimiento manifestado en forma expresa como el que se manifiesta tácitamente.

(140) O. c., tomo XXVIII, N.º 153, pág. 162.

La exigencia de que el consentimiento del fiador sea expreso se justifica plenamente por los peligros que encierra la fianza para el que la constituye. No sin razón viene desde antiguo el adagio que dice "quien afianza, paga".

Pero si bien el consentimiento del fiador debe ser expreso, su manifestación en cambio no está sujeta a frases sacramentales. No es necesario que se diga que la persona se constituye fiador o que afianza tal obligación. Pueden emplearse expresiones que, sin ser éstas, no den duda de que la intención es afianzar. Así por ejemplo, nuestra Corte Suprema dictaminó que se constituía fiador la persona que garantizaba a otra la cancelación de los pedidos de mercadería que hiciera un tercero (141). Y los tribunales franceses han declarado que si un hijo escribe al acreedor de su padre que los compromisos de éste son sagrados para él, debe estimarse que se constituye fiador (142); pero que no tiene este carácter el tercero que se limita a manifestar al acreedor que ayudará al deudor (143).

No violenta el principio de que la fianza no se presume lo dispuesto en el artículo 1,635—en virtud del cual si se obliga una persona y el acreedor no da por libre al primitivo deudor no hay novación, sino que el nuevo deudor se entiende diputado para el pago ó se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto—, porque en este caso se dará por establecida la fianza cuando aparezca de una manera indudable que la intención del tercero ha sido obligarse como fiador (144).

Se ha estimado que no constituye fianza la recomendación que se hace de una persona. Este es el criterio manifestado por Chabot en la discusión del Código francés y parece ser el de nuestro Código, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 2,121, que dice que la simple recomendación de negocios ajenos no es en general mandato. Naturalmente, esta regla no puede ser absoluta. Habrá casos en que la recomendación de un tercero constituya fianza. El juez tendrá que decidir, estudiando las circunstancias de hecho que rodeen la recomen-

(141) Sentencia de 9 de octubre de 1925; "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXIII, segunda parte, sección primera, pág. 522.

(142) Citado por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2015, N.º 16.

(143) Citado por Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 929, pág. 451.

(144) Analizando el principio de que la solidaridad no se presume, concluimos que este artículo tampoco violaba ese principio. Ver *suprá* N.º 47.

se han vertido diversas opiniones. Para Aubry et Rau, basta con que tenga capacidad para obligarse (149). Laurent, en cambio, exige plena capacidad, es decir, capacidad de disposición (150). Finalmente, no faltan autores como Pont y Guillouard, que equiparan la capacidad que necesita el fiador con la que es necesaria para celebrar los contratos gratuitos (151). En nuestro Código, la discusión es ociosa, porque ha reglamentado expresamente la cuestión, como pasamos a verlo.

**101. Incapacidades para ser fiador contenidas en el artículo 2,342.**—El artículo 2,342 establece que no pueden obligarse como fiadores: los Obispos, los Religiosos, y los Ordenados in Sacris, a no ser estos últimos por sus Iglesias o por otros Clerigos o por personas desvalidas. Demás está decir que esta disposición viene desde el Derecho español antiguo. Obispo, según el Derecho Canónico, es la persona que ha recibido la plenitud del sacerdocio y que tiene jurisdicción sobre una parte de la Iglesia denominada diócesis. Al mencionar a los religiosos, creemos que la disposición se está refiriendo a los de voto simple, y no a los de voto solemne, esto a es a los muertos civiles, y ello porque el artículo 2,350 al indicar las condiciones que debe llenar la persona que el deudor presenta como fiador toma en cuenta su solvencia, la que no puede existir en el muerto civil, ya que carece totalmente de bienes. Finalmente los Ordenados in Sacris a que se refiere el N.º 3.º del artículo 2,342, son como dice Pescio: "Los ordenados mayores (sub-diáconos, diáconos y presbíteros) que se encuentran en el "siglo por haber hecho únicamente los votos de castidad (implícitamente) y el de obediencia (explícitamente)" (151 bis).

De la citada disposición, en relación con lo dispuesto en los artículos 10, 1,466 y 1,682, se desprende que la fianza que otorgare un Obispo o un Religioso adolecería de nulidad absoluta por estarles prohibido celebrar dicho contrato. La misma suerte correría la que constituyere un Ordenado in Sacris, salvo que fuera a favor de otros clérigos, de sus Iglesias o de personas desvalidas (152); y a quien pretendiere que la fianza es válida por haberse dado en favor de éstos le

(149) O. c., tomo IV, pág. 219.

(150) O. c., tomo XXVIII, N.º 160, pág. 169.

(151) Citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,018, N.º 11.

(151 bis) O. c., N.º 208, pág. 153.

(152) Sentencia de 6 de abril de 1881, Gaceta de los Tribunales de 1881, sentencia N.º 356, pág. 227.

correspondería acreditarlo. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago (153). Tribunal que también ha estimado que no obstante la incapacidad de los ordenados in Sacris para obligarse como fiadores, la obligación que contraen valdría como natural por no ser ella una incapacidad absoluta (154).

En cuanto a la posibilidad de los incapaces para obligarse como fiadores, el inciso 2.º del artículo 2,342 se remite a los títulos "De la patria potestad", "De las obligaciones entre cónyuges", "De la sociedad conyugal", "De la administración de los tutores y curadores". La referencia solo resulta exacta tratándose de las personas sometidas a tutela o curaduría, pero no con respecto a los otros incapaces donde nada se dice en los títulos respectivos, por lo que la capacidad para ser fiadores de estas personas tenemos que deducirla de aplicar las reglas generales.

**102. Capacidad de los pupilos.**—El artículo 404 reglamenta la fianza de las personas sujetas a tutela o curaduría. Según él, por regla general el pupilo no puede ser obligado como fiador, salvo que la fianza se constituya con autorización judicial en favor de su cónyuge de un ascendiente o descendiente legítimo o natural y en casos urgentes y graves.

Ahora bien, la omisión de la autorización judicial o si ésta no se diere por causa urgente y grave traería consigo la nulidad relativa de la fianza, porque son requisitos exigidos en consideración al estado de incapacidad del pupilo. En cambio si la fianza se otorgare en favor de otra persona que las indicadas en el artículo 404 habría nulidad absoluta, pues dicho precepto contiene una verdadera prohibición para afianzar a quien no sea cónyuge ascendiente o descendiente legítimo o natural del pupilo.

**103. Capacidad del hijo de familia.**—Si el hijo de familia se obliga como fiador con la autorización o ratificación escrita de su padre, en conformidad al artículo 254 queda obligado directamente el padre y subsidiariamente el hijo hasta concurrencia del beneficio que

(153) Sentencia de 7 de enero de 1885, Gaceta de los Tribunales de 1885, sentencia N.º 63, pág. 43.

(154) Sentencia de 11 de octubre de 1862, Gaceta de los Tribunales de 1862, sentencia N.º 2006, pág. 775.

marido, como administrador de la sociedad conyugal, puede constituirse fiador y con ello obligar los bienes sociales. Pero, pagada la fianza, ¿tendría la sociedad derecho a ejercitar recompensa contra los cónyuges? Para la acertada solución del problema propuesto es necesario hacer un distinguo según si la deuda afianzada es personal de la mujer, o de un tercero, porque en el primer caso se origina una recompensa, en cambio en el segundo no, y la sociedad soporta el pago de una manera definitiva.

Esta solución la consagra el número segundo del artículo 1,740. En efecto, en el primer inciso de esta disposición se sienta la regla general de que la sociedad es obligada al pago de toda deuda contraída por el marido o por la mujer autorizada por éste o por la justicia y que no fuere personal de los cónyuges. Y en el inciso 2.º se agrega que la sociedad es por consiguiente obligada, con la misma limitación al gasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido. Al decir el artículo "con la misma limitación" es evidente que se está refiriendo a la limitación contenida en el inciso 1.º, es decir al caso que no sea deuda personal de los cónyuges. Por eso concluimos que si la fianza se refiere a una deuda personal de la mujer, ella debe soportar en definitiva su pago, originándose entonces una recompensa en favor de la sociedad. En cambio, si la obligación afianzada es de un tercero, no hay recompensa de ninguna especie, porque este caso no está comprendido en la limitación a que acabamos de referirnos, y porque además entra a la sociedad lo que pueda obtenerse del deudor afianzado mediante el ejercicio de las acciones de reembolso y subrogatoria de que dispone el fiador que ha cancelado la deuda (158).

**107. Capacidad de las personas jurídicas.**—Legalmente, las personas jurídicas que son incapaces, esto es, las corporaciones y fundaciones de derecho privado, no tienen impedimento para obligarse como fiador. Deberá, pues estarse a lo que digan los estatutos, y en caso que éstos lo permitan sujetarse a los requisitos y limitaciones que en ellos se indique.

**107 bis. Situación del fallido con respecto a la fianza.**—Declarado en quiebra el deudor, pierde su capacidad, se produce el desasi-

(158) Mayores fundamentos sobre esta solución ver en nuestro "Derecho de Familia", pág. 247.

miento de sus bienes y en consecuencia no podrá otorgar fianza alguna. Pero la declaratoria de quiebra produce ciertos efectos retroactivos que pueden influir en las fianzas que hubiere constituido el fallido. Estas si fueren gratuitas y se hubieren celebrado dentro de los diez anteriores a la fecha de la cesación de pagos, serían nulas relativamente a la masa. Así lo establece el artículo 71 de la Ley de Quiebras. Y si el favorecido con la fianza fuere un descendiente, ascendiente o colateral dentro del cuarto grado, en conformidad al inciso 2.º de esta disposición el plazo se amplía a 120 días.

Si la fianza fuere remunerada entonces sólo podría atacarse mediante el ejercicio de la acción pauliana, que tendría la particularidad de presumirse que el deudor conocía el mal estado de sus negocios desde los diez anteriores a la fecha de la cesación de pago, y que prescribiría en dos años contados desde la fecha de la fianza en conformidad a lo que disponen los artículos 72 y 77 de la citada Ley de Quiebras.

#### C. EL OBJETO

**108. Debe consistir en pagar una cantidad de dinero.**—El objeto de la obligación del fiador consiste siempre en pagar una cantidad de dinero. Así lo proclama el inciso final del artículo 2,343, al decir que la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otras cosas o de una suma de dinero, no constituye fianza. De manera entonces, que si la obligación del que garantiza el pago de una deuda consiste en entregar una especie o cuerpo cierto, u otras cosas fungibles que no sean dinero, no estaríamos en presencia de una fianza, sino de un contrato innominado.

Al exigir nuestro Código que la obligación del fiador siempre consista en pagar una cantidad de dinero, abandonó el principio que imperaba en el Derecho Romano y que preconizaba Pothier. En aquella legislación lo único que se exigía era que fueran iguales los objetos de las obligaciones del deudor y del fiador. Serafini dice el respecto: "De la naturaleza accesoria de la fiaduría resulta que jamás puede referirse a un objeto distinto del de la obligación principal" (159). Pothier conserva la misma exigencia; pero acepta que el fiador se obligue a pagar una cantidad de dinero en lugar de un objeto distinto, dan-

(159) "Instituciones de Derecho Romano", tomo II, pág. 203.

## E. EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

110. Obligaciones susceptibles de afianzarse. Generalidades.—La fianza necesita para su validez de la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento esté garantizando. Consecuencia lógica del carácter de caución y de contrato accesorio que ella tiene.

En general todas las obligaciones son susceptibles de afianzarse; existe al respecto la mayor liberalidad. En consecuencia la fianza puede garantizar las obligaciones que emanan de un contrato, de un cuasi-contrato, de un delito, de un cuasidelito o de la ley. Poco importa asimismo que la obligación principal sea pura y simple o sujeta a modalidades, como expresamente lo dice el artículo 2,339. Pero con respecto a estas últimas la modalidad afecta a la fianza, tanto porque por ser ella una obligación accesorio sigue la suerte de la principal, cuanto porque la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor directo.

También son susceptibles de afianzarse las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. A las primeras se refiere el inciso 2.º del artículo 2,343, al decir que el fiador puede obligarse a pagar una cantidad de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor. En cuanto a las obligaciones de hacer, el inciso 3.º del citado artículo manifiesta que "afianzado un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelve". Esta regla no es sino una consecuencia de que la obligación del fiador siempre debe consistir en pagar una cantidad de dinero. Por eso no sería posible, si el deudor principal no cumple la obligación de hacer, que el acreedor ejercitara contra el fiador los derechos que puede hacer valer contra aquel indicados en los N.º 1 y 2 del artículo 1,553 y cuales son: apremiar al fiador para la ejecución del hecho convenido, o hacer ejecutar éste por un tercero a costa del fiador. Sólo podría exigírsele la indemnización de perjuicios, es decir, ejercitar el tercer derecho que contempla el citado artículo 1,553.

Nada dice el legislador con respecto a las obligaciones de no hacer; pero, aplicando por analogía los principios que rigen las obligaciones de hacer, debemos concluir que ellas son posibles de ser afianzadas, y en tal caso la fianza garantizaría la indemnización de los per-

juicios que se produjeran por la contravención del hecho que el deudor se obligó a no realizar.

Por lo general la obligación que se garantiza con la fianza será determinada; pero nada obsta, aunque el legislador no lo diga expresamente, para que se aseguren obligaciones indeterminadas, siempre que en el contrato se contengan datos que hagan posible su determinación posterior. Esta solución resulta inobjetable en presencia de las reglas que sobre la determinación del objeto de los contratos da el artículo 1,461. Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad, en más de una ocasión, de aplicar este principio al aceptar la validez de la fianza que se otorga para garantizar una cuenta corriente que una persona tenga en un Banco, como asimismo los sobregiros que en ella efectúa (164).

La fianza puede también garantizar la obligación del fiador: toma entonces el nombre de sub fianza y a ella se refiere entre otras disposiciones el inciso 2.º del artículo 2,335.

También pueden afianzarse las obligaciones que contraigan las personas jurídicas y los curadores de la herencia yacente. Así lo dice en forma innecesaria el artículo 2,346. Como observa Pescio, en la práctica es difícil que se afiance a la herencia yacente, porque la fianza tendría que darse al curador de ella, y éste en conformidad al artículo 487, sólo tiene facultades conservativas (165).

111. Obligaciones futuras.—El legislador, en el inciso 2.º del artículo 2,339, reconoce eficacia a la fianza de obligaciones futuras y la reglamenta expresamente.

El hecho de que puedan afianzarse esta clase de obligaciones no va contra el carácter accesorio que tiene el contrato de fianza. En efecto, el artículo 1,442 define los contratos accesorios como aquéllos que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ella. Los propios términos de que se ha servido el legislador nos están indicando que el contrato acceso-

(164) Sentencias de 29 de julio de 1910 y de 27 de diciembre de 1911, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomos VIII y XI, segunda parte, sección primera, págs. 288 y 243, respectivamente. La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 18 de julio de 1910, 2.º semestre, sentencia N.º 819, pág. 273, erradamente declaró nula una fianza que garantizaba "cualquier sobregiro que se hiciera en la cuenta corriente", porque ellos alcanzaron a una suma equivalente a cuatro veces la cuenta misma.

(165) O. c., N.º 233, pág. 175.

a la que comentamos, y que don Andrés Bello contemplaba en los primeros Proyectos.

Sin embargo en la legislación chilena, las obligaciones de los relativamente incapaces, no obstante ser nulas, pueden también ser afianzadas, y ello porque el artículo 1,470, N.º 1 les reconoce el carácter de obligaciones naturales. En armonía con esta disposición el artículo 2,354 da a la incapacidad de obligarse del deudor el carácter de excepción personal de la cual no puede valerse el fiador. Pero el deudor directo demandado podría alegar su incapacidad y pedir se declarara nula la obligación. Y efectuado esta declaración ¿no se extinguiría también la fianza? No: subsistiría con el carácter de obligación civil, porque ella ha estado garantizando desde el primer momento una obligación natural, carácter que tienen las contraídas por los relativamente incapaces desde su nacimiento (169).

De lo expuesto se desprende que en el fondo la situación en la legislación francesa y la chilena es la misma: en ambas pueden afianzarse las obligaciones de los relativamente incapaces, sólo que nuestro Código no comete la impropiedad de formular una declaración como la que contiene el artículo 2,012 del Código francés, sino que justifica la supervivencia de la obligación del fiador no obstante la nulidad de la

(169) El profesor don Arturo Alessandri R., "Teoría de las obligaciones" pág. 39, estima que la obligación natural en este caso no tiene el carácter de tal, sino una vez pronunciada la nulidad. Si así fuera resultaría, dado el carácter accesorio de la fianza, que la obligación del fiador subsistiría también como natural. Pero no estamos de acuerdo con esta opinión en mérito de las siguientes razones: 1.ª Por la letra del artículo 1,470, que habla de "las contraídas por personas, etc.", con lo que está indicando que la obligación es natural desde su nacimiento; 2.ª Porque el artículo 2,375 N.º 1.º acepta la posibilidad de que las obligaciones naturales puedan validarse por la ratificación o por el lapso de tiempo, y ambos remedios, propios de la nulidad relativa, cual sería precisamente el caso de los actos de los relativamente incapaces, sólo pueden presentarse antes que esté declarada la nulidad, ya que una vez producida esta declaración jurídicamente es imposible el saneamiento, ya por ratificación o por el lapso de tiempo, y 3.ª Porque no es obstáculo para que exista obligación natural, el hecho de que el incapaz pueda demandar la nulidad, porque lo mismo acontece con las obligaciones civiles nulas o rescindibles: ellas existen sin perjuicio que se pueda reclamar su invalidez.

Don Luis Claro Solar, combate también esta teoría y está de acuerdo con la nuestra. Dice al respecto: "Es precisamente la incapacidad de contratar la que produce el efecto de que la obligación contraída por el incapaz sea una obligación natural y no una obligación civil. No nos parece, por esto, conforme con el derecho la opinión de los que sostienen que es necesario que se declare la nulidad o se rescinda el acto o contrato por sentencia judicial, para que nazca la obligación natural..." (O. c., tomo X, N.º 32, pág. 48).

obligación del incapaz, por ser ésta una obligación natural que sirve de suficiente soporte a la obligación accesoria del fiador.

Las obligaciones de los absolutamente incapaces no son susceptibles de afianzarse. Así lo dice expresamente el inciso 2.º del artículo 1,447. De manera que declarada la nulidad de estas obligaciones la fianza también se extingue y no subsiste como acontece con la que garantiza los actos de los que adolecen de incapacidad relativa, y ello porque en este caso, como lo dice la citada disposición, no hay ni siquiera obligación natural y faltaría en consecuencia la obligación principal a la cual siempre tiene que acceder la fianza. Fuera de esto, la incapacidad absoluta del deudor, es una excepción real que podría alegarla el fiador desligándose así de su obligación.

caso si el acreedor persigue directamente la cosa afecta a la garantía real el fiador no podría oponer dicho beneficio, ya que su situación es la misma del que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena (artículo 2,429); en cambio en el segundo, si que podría valerse de él, pues la prenda o hipoteca está en este caso garantizando su obligación de fiador, y en su carácter de tal goza del beneficio de excusión.

Asimismo es importante distinguir entre la acción que emana de la fianza, y la que deriva de la hipoteca o prenda para los efectos de la preferencia o privilegio que el acreedor puede invocar para el pago. Porque la simple fianza no lleva consigo preferencia alguna, en cambio la hipoteca constituye una causal de preferencia, y el acreedor prendario tiene un crédito privilegiado de segunda clase de acuerdo con lo prescrito en los artículos 2,470, 2,472 y 2,477.

**117. Fianza convencional, legal y judicial.**—La clasificación de la fianza en convencional, legal y judicial se hace atendiendo al origen de la obligación de constituirla. Tal origen puede ser la convención de las partes, la voluntad del legislador o un decreto judicial. Pero, como ya lo dijimos, trátase de fianza convencional, legal o judicial, ella es siempre un contrato. Jossierand manifiesta muy bien esta idea en los siguientes términos: "Se distinguen —dice este autor— las fianzas legales, convencionales y judiciales. Esta división tripartita no se refiere de ninguna manera al origen de la obligación del fiador, "origen que es invariablemente convencional, sino al origen de la obligación que incumbe al deudor principal de rendir fianza" (172).

Quizás podría creerse que en algunos casos las fianzas legal y judicial no tienen el carácter de contrato, porque en su constitución solo aparece a primera vista la voluntad del fiador. Pero no debemos olvidar que no es necesario que el consentimiento del acreedor se manifieste expresamente, pues él puede exteriorizarse en forma tácita, y, aun más, se mira como suficiente manifestación el hecho de que el acreedor persiga del fiador el cumplimiento de la obligación. De manera que la voluntad del acreedor debemos buscarla en estos casos en los actos de éste que signifiquen una aceptación tácita de la fianza.

La fianza legal puede presentarse de distintas maneras. Hay cier-

(172) O. c., tomo II, N.º 1482, pág. 805.

tos actos a los cuales la ley da el carácter de fianza. Así acontece con el endoso de un cheque al portador y con el aval de una letra de cambio, según los artículos 35 de la Ley de Cheques y Cuentas Corrientes Bancarias y 680 y 681 del Código de Comercio. También hay casos en que no es obligatorio rendir fianza, pero en los que es necesario hacerlo si una persona quiere evitar que se produzcan determinados efectos. Por ejemplo, en conformidad al artículo 155, si la mujer pide la separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, éste puede enervar la acción caucionando suficientemente los intereses de la mujer; también de acuerdo con el artículo 171, si el marido administra en forma imprudente y descuidada los bienes de la mujer que ha dado lugar al divorcio por adulterio, puede privársele de esta administración; pero al mismo tiempo puede conservarla rindiendo fianzas o hipotecas que aseguren los intereses de aquélla. Finalmente, hay otros casos en que el legislador lisa y llanamente impone la obligación de rendir fianza. Dentro del Código Civil son varios. Entre los más importantes están los que contemplan los artículos 89, 374 y 765 que obligan a rendir fianza a los poseedores provisorios para tomar posesión de los bienes del desaparecido, a los guardadores para entrar en el ejercicio de su cargo y al usufructuario para el goce de la cosa fructuaria.

La fianza judicial tiene por origen un decreto del juez pero siempre que exista un precepto legal que la haga procedente. No vaya a creerse entonces que el juez puede a su arbitrio obligar a los litigantes a rendir fianza. Para ello es necesario que el legislador previniendo la situación, autorice al juez para exigirla. En el Código Civil nos ofrecen ejemplos de fianza judicial los artículos 932, 755, 1,292 y 1,315. El 932, refiriéndose a la querrela de obra ruinosa, y poniéndose en el caso que el daño que se teme del edificio no fuere grave, autoriza al dueño para oponerse a la demolición, ofreciendo caución para resarcir los perjuicios que por el mal estado del edificio pudieren sobrevenir. El 755 establece que el propietario fiduciario no está obligado a rendir caución sino en virtud de sentencia judicial, cuando lo solicitare el fideicomisario como medida conservativa. El 1,292 manifiesta que el albacea puede exigir caución de las personas que dehan cumplir los legados, cuando tema fundadamente que los bienes se deterioren. Y, finalmente, el 1,315 dispone que el albacea fiduciario, a instancia del albacea general o de los herederos puede ser obligado a afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le encue-



gastos en que incurrió el acreedor al continuar el juicio contra el deudor. Pero si una vez intimado el fiador no paga la deuda y el acreedor lleva adelante el juicio ya contra aquél o contra el deudor, es natural que el fiador tenga que reembolsarle los gastos en que ha incurrido, pues tuvo en su mano ahorrar esos gastos, cancelando la deuda, y no lo hizo (177).

Pero por muy ilimitada que sea la fianza, ella no puede extenderse como dice el adagio que viene desde antiguo "de re ad rem", "de persona ad personam" y de "tempore ad tempus"; es decir, la fianza no puede extenderse a otras obligaciones, ni otras personas que las afianzadas, ni por más tiempo que el estipulado.

Aplicación del principio que la fianza no puede ampliarse a otras obligaciones es lo dispuesto en el artículo 1,957, según el cual cuando el contrato de arrendamiento se entiende renovado por lo que se llama la tácita reconducción, se extinguen las fianzas, a virtud de existir en realidad un nuevo contrato. La jurisprudencia también ha tenido ocasión de aplicar este principio; así se ha fallado que constituida una fianza para responder de las obligaciones de un empleado en un empleo determinado, el fiador no respondía si aquel era trasladado a otro puesto; (178); que no afectaban al fiador las modificaciones que hicieren acreedor y deudor con respecto al contrato de cuenta corriente afianzado (179); que si las modificaciones hechas en el contrato que se garantiza son para beneficiar al deudor, entonces la fianza no se extingue (180).

En virtud de que la fianza no puede extenderse de una persona a otra, resulta que si uno solo de los deudores solidarios constituye fianza, no se entiende que ella garantiza las obligaciones de los demás; y que si hay novación por cambio de deudor, se extingue la fianza como lo dice el artículo 1,645.

(177) La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 8 de noviembre de 1883, Gaceta de los Tribunales de 1883, sentencia N.º 3220, pág. 1813, resolvió que el fiador debía pagar las costas que se produjeren por la persecución del deudor por el acreedor, pero no las causadas en la persecución a una sociedad de la cual era socio el deudor.

(178) Corte Suprema, sentencia de 18 de mayo de 1916, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XIII, segunda parte, sección primera, pág. 332.

(179) Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 1910, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo VIII, segunda parte, sección primera, pág. 288.

(180) Corte Suprema, sentencia de 7 de enero de 1920, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XVIII, segunda parte, sección primera pág. 409.

Tampoco la fianza puede subsistir por más tiempo del estipulado. Por eso es que la ampliación de plazo hace caducar la fianza, como dispone el artículo 1,649. Conforme a este principio, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el convenio finiquitado entre librador y aceptante de una letra de cambio para prorrogar la letra no afectaba al avalista (181). Asimismo, la Corte de Apelaciones de Talca ha resuelto que si se afianza a un empleado y termina el empleo, se extingue la fianza aunque no se haya rendido cuenta (182).

La fianza limitada puede presentarse en dos formas distintas: según si la limitación se haga con relación a una suma fija de dinero, o con respecto a determinada obligación que el deudor tenga dentro del contrato. Por ejemplo, si el fiador garantiza el pago de las rentas de arrendamiento, pero no las otras obligaciones del arrendatario, tales como la de restituir la cosa y conservarla en buen estado; o si en un contrato de compraventa se garantiza la obligación de entregar la cosa vendida, pero no la de indemnizar la evicción o los vicios redhibitorios.

Esta clase de fianza, como vemos, no tiene el alcance de la fianza ilimitada, porque el fiador no se obliga en los mismos términos del deudor, sino que sólo responde de algunas de las obligaciones que pesan sobre éste; hay, pues un límite, que no es en dinero, sino en cuanto a las obligaciones emanadas del contrato cuyo cumplimiento se está garantizando.

De acuerdo con el principio de que esta caución no puede extenderse a más de lo estipulado, es evidente que en esta fianza el fiador no responde de las obligaciones no garantizadas. Por eso se ha fallado que si se afianza la obligación que pesa sobre el arrendatario de pagar las rentas, tal fianza no puede extenderse a la indemnización de perjuicios que éste adeude por deterioros de la cosa (183).

Punto interesante en la fianza limitada es el de saber si respecto a ella rige el artículo 2,347, que hace responsable al fiador de los intereses y de las costas judiciales.

Si la fianza está limitada a una cantidad de dinero fijada de antemano, parece obvio que el fiador no responde de los intereses y de las

(181) Sentencia de 22 de diciembre de 1928, Gaceta de los Tribunales de 1928, 2.º semestre, sentencia N.º 177, pág. 780.

(182) Sentencia de 12 de diciembre de 1921, Gaceta de los Tribunales de 1921, sentencia N.º 254, pág. 1045.

(183) Sentencia de 14 de marzo de 1885, Gaceta de los Tribunales de 1885, sentencia N.º 391, pág. 214.

Veamos primero la situación en el Código francés, porque ello nos ayudará a resolver la controversia en el nuestro. En ese Código, el artículo 2,021 establece: "El fiador no está obligado al acreedor sino en defecto del deudor, que deberá previamente ser excutido en sus bienes, a menos que el fiador haya renunciado al beneficio de excusión, o a menos que se haya obligado solidariamente con el deudor, o a menos que se haya obligado solidariamente con el deudor, en caso éste en que su obligación se rige por los principios establecidos para las obligaciones solidarias". Con semejante precepto legal, parece que no hubiera duda de que al fiador solidario deben aplicarse las reglas de la solidaridad. Sin embargo no es así. La mayoría de los autores estiman que, no obstante pactarse la solidaridad continua siendo fiador y que por su ubicación no puede darse al antedicho artículo otro alcance que el de querer privar al fiador solidario del beneficio de excusión. Aubry et Rau, criticando la opinión que asimila el fiador solidario al deudor solidario, se expresan en los siguientes términos: "Esta opinión violenta la naturaleza de las cosas; la fianza no es sino una obligación accesoria; y éste carácter esencial lo conserva cualquiera que sean las modalidades y las cláusulas más o menos rigurosas sobre las cuales se consienta. En vano se opone la disposición final del artículo 2,021. Esta disposición que debe ser entendida 'secundum subjectum materiam', no tiene otro objeto, en efecto que colocar desde el punto de vista del derecho de persecución que compete al acreedor, al fiador solidario en la misma línea que el deudor solidario y rehusar al primero la facultad de preterir a diferencia del fiador simple del beneficio de discusión de que no goza el segundo" (187). Baudry Lacantinerie (188). Marcadé et Pont (189), se expresan en términos semejantes a los de Aubry et Rau. Asimismo, estiman que el fiador solidario no pierde el carácter de fiador Colin et Capitant (190), Bonnecasse (191), Laurent (192) Huc' Fournier, Colmet de Santez (193) y Troplong (194).

(187) O. c., tomo VI, nota 7 a la pág. 217.

(188) O. c., N.º 919, pág. 444.

(189) "Explication Théorique et Pratique du Code Civil", tomo IX, N.º 163.

(190) "Curso Elemental de Derecho Civil", tomo V, pág. 23.

(191) "Precis de Droit Civil", tomo II, N.º 799, pág. 625.

(192) O. c., tomo XXVIII, N.º 206, pág. 216.

(193) Citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,021, N.º 98.

(194) Citado por Aubry et Rau, o. c., tomo VI, nota 7 a la pág. 217.

Por el contrario, consideran al fiador solidario como deudor Josseand (195), Planiol y Ripert (196) Dilvincourt (197) y Duranton (198).

En nuestro Código no hay una disposición como el artículo 2,021 del Código francés; pero en cambio el artículo 2,358 establece en su número segundo que no goza del beneficio de excusión el fiador que se ha obligado como deudor solidario, precepto que según Pescio "deja al intérprete en esta disyuntiva: o el fiador solidario goza del beneficio de excusión o debe asimilarse lisa y llanamente a un codeudor solidario" (199). No obstante, esta vacilación, el autor concluye que al fiador solidario no puede mirarse como deudor solidario. Así también opinaba don Leopoldo Urrutia al expresarse en los siguientes términos: "No debe confundirse al deudor solidario con el fiador solidario. El fiador solidario es fiador de toda la obligación principal, el codeudor es responsable directamente por el todo; el que se obliga como codeudor solidario se obliga directamente por el todo; el que se obliga como fiador solidario, se obliga subsidiariamente por el todo" (200).

Sin duda la opinión de estos autores es la que más se ajusta a los principios del derecho, que como hace ver Pescio puede fundamentarse en el artículo 2,367. Este artículo establece que si hay dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente, se entiende dividida la deuda entre ellos por partes iguales, lo que está manifestando que no considera al fiador solidario como codeudor solidario, porque si así no fuera dado lo dispuesto en el artículo 1,514 no tenía para que haber hecho la salvedad para el caso en que se hubiere pactado solidaridad.

Nuestros tribunales no tiene sobre la materia en estudio una opinión uniforme. Sin embargo la mayoría de los fallos equiparan el fiador solidario al deudor solidario. Algunas sentencias se limitan a hacer la afirmación, pero no se preocupan de demostrar su veracidad (201). Otras se fundan en un argumento muy socorrido, cual es

(195) O. c., tomo XI, N.º 1539, pág. 897.

(196) O. c., tomo II, N.º 1499, pág. 814.

(197) O. c., tomo III, pág. 259, nota 7.

(198) Citado por Marcadé et Pont, o. c., tomo IX, N.º 163, pág. 96.

(199) O. c., N.º 150 a 161, págs. 114 a 127.

(200) Explicaciones de clase tomadas por Dávila y Cañas, pág. 375.

(201) Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia de 11 de noviembre de 1922, Gaceta de los Tribunales de 1922, 1.º semestre, sentencia N.º 14, pág. 61; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias 12 de septiembre de

Ello sólo tiene importancia para las relaciones internas —si así pudiéramos decir— que se siguen entre los deudores. Ahí aparece el carácter de fiador. Pero con respecto al acreedor, el fiador y codeudor solidario es lisa y llanamente deudor.

No es entonces lo mismo obligarse como fiador solidario que como fiador y codeudor solidario. El primero no pierde el carácter de deudor subsidiario, ni aún con respecto al acreedor; en cambio el segundo, en sus relaciones con el acreedor es un deudor directo.

Nuestra jurisprudencia es también vacilante a propósito de las reglas que deben regir las relaciones del fiador y codeudor solidario para con el acreedor. Algunos fallos estiman que deben aplicarse las reglas de la fianza, porque ni aún en este caso el que se obliga pierde su carácter de fiador. De éstos, uno declara que "la ley obliga al fiador que se ha constituido codeudor solidario a pagar el total de la deuda sin que tenga el derecho al beneficio de excusión" (206). Otro sustenta la doctrina de que no basta que se diga que una persona se obliga como fiador y codeudor solidario para darle este último carácter, si de diversos antecedentes del contrato puede deducirse que su intención fué obligarse como fiador (207). A la primera de estas sentencias cabe observarle que confunde dos cosas distintas como son al fiador solidario con el fiador y codeudor solidario. Y a la segunda, que sienta una doctrina que puede significar el desconocimiento del artículo 1,522, que permite que haya solidaridad aun cuando uno o varios de los deudores concurren a la obligación sin tener interés y con el sólo objeto de garantizarla. Porque es evidente que en este caso el que se obliga lo hace con la intención de afianzar; pero ello no obsta para que la ley, con respecto al acreedor, lo mire como deudor directo.

Sin embargo, son más abundantes los fallos de nuestros Tribunales, que coincidiendo con nuestro modo de pensar, estiman que con respecto al acreedor el fiador y codeudor solidario debe considerársele

(206) Corte Suprema, sentencia de 26 de mayo de 1914, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XII, segunda parte, sección primera, pág. 266.

(207) Corte Suprema, sentencia de 24 de septiembre de 1929, Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.º semestre, sentencia N.º 18, pág. 38 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 513. En este fallo nuestro más alto Tribunal confirmó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 16 de abril de 1928, Gaceta de los Tribunales de 1928, 1.º semestre, sentencia N.º 150, pág. 633.

como deudor directo. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en el último fallo que ha dictado sobre la materia (208).

121. **Caución juratoria.**—Para terminar el estudio de las distintas clases de fianza, nos referiremos, por curiosidad más que por utilidad práctica a la caución juratoria. En ella la garantía consiste en el juramento que presta una persona de cumplir la obligación. El valor del juramento es hoy en día muy escaso; de ahí que la caución juratoria carezca de aplicación. El legislador la contempla en el artículo 777; el cual establece que si el usufructuario no rinde caución, no puede entrar en el goce de las cosas fructuarias, pero que no obstante aun sin caución, le serán entregados los muebles comprendidos en el usufructo que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores.

(208) Sentencia de 14 de noviembre de 1938, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVI, segunda parte, sección primera pág. 330. En el mismo sentido pueden verse los siguientes fallos: Corte Suprema, sentencia de 7 enero de 1920, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XVIII, segunda parte, sección primera, pág. 409; Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 25 de septiembre de 1917, Gaceta de los Tribunales de 1917, 2.º semestre, sentencia N.º 267, pág. 820; Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 15 de noviembre de 1921, Gaceta de los Tribunales de 1921, 2.º semestre, sentencia N.º 288, pág. 1167; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias de 19 de julio de 1899, Gaceta de los Tribunales de 1899, 2.º semestre, sentencia N.º 403, pág. 337, y de 18 de octubre de 1882, Gaceta de los Tribunales de 1882, sentencia N.º 2652, pág. 1490. Este último fallo aborda el problema directamente, decidiendo que por regirse el fiador y codeudor solidario por las reglas de la solidaridad, no le es aplicable el precepto contenido en el artículo 1649, y que en consecuencia, la ampliación de plazo acordada entre otro de los deudores y el acreedor no pone fin a su responsabilidad.

123. Condiciones que debe reunir el fiador ofrecido por el deudor: capacidad, solvencia y domicilio.—El artículo 2,350 establece los requisitos que debe llenar la persona que el deudor presenta como fiador cuando está obligado a rendir fianza en los casos ya estudiados. Ellos son: capacidad, solvencia y domicilio en la respectiva Corte de Apelaciones. Ocupémonos de ellos separadamente.

Con respecto a la capacidad, el artículo 2,350 dice que el fiador debe tener capacidad de obligarse como tal. Nuestro Código aunque impreciso, fué más exacto que el Código francés, el cual se limita a manifestar en su artículo 2,018 que la persona que se presenta como fiador debe ser capaz de obligarse, sin agregar nada más, con lo que conlleva una disposición inútil. Como ya estudiamos la capacidad del fiador, no tenemos para que volver sobre ello, y nos remitimos a esa parte de nuestro estudio N.º 100 a 107.

En cuanto al requisito de la solvencia, establece el legislador en el citado artículo que la persona que se presenta como fiador debe tener bienes más que suficientes para hacer efectiva la fianza. Esta exigencia es lógica, porque si el deudor pudiera ofrecer la fianza de un insolvente, el derecho del acreedor pasaría a ser ilusorio. Todavía el legislador va más allá, porque no deja al arbitrio del juez el calificar la solvencia, sino que en el mismo artículo 2,350 da reglas precisas a las cuales el juez debe sujetarse para hacer la calificación.

Dice, en primer término, que solo se tomarán en cuenta los inmuebles. De manera que una fortuna mobiliaria, por muy cuantiosa que fuera, no determinaría solvencia para los efectos del artículo 2,350. La exclusión de los bienes muebles no es sino uno de los tantos resabios que hay en nuestra legislación del adagio "res mobilis res vilis", que hoy en día por cierto no se justifica.

Pero no basta con que el fiador tenga bienes raíces para que se le considere solvente, porque el legislador excluye algunos de éstos. Veamos cuales son ellos.

1.º Los que estén situados fuera del territorio del Estado. Porque su persecución sería muy onerosa al acreedor. Pero de la misma disposición se desprende que no podrían excluirse los inmuebles situados dentro del territorio, por muy lejano que fuera el lugar donde ellos se encuentran;

2.º Los inmuebles embargados. Porque están fuera del comercio y en su enajenación hay objeto ilícito y por ende nulidad absoluta, con

lo cual no podrían ser perseguidos por el acreedor. Se ha estimado que para excluir estos bienes no es necesario que el embargo esté inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, porque el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil que así lo ordena, sólo lo exige para que el embargo produzca efectos respecto de terceros (212);

3.º Los inmuebles litigiosos. Obvio es considerar dentro de estos bienes aquellos cuya propiedad se litiga, sea que respecto a ellos se haya o no dictado prohibición de enajenar; pero la exigencia del litigio no es un requisito indispensable, porque si bien de acuerdo con el artículo 1,911 se considera litigioso un derecho desde que se notifica la demanda, es como él mismo dice para el efecto de la cesión de derechos litigiosos, pero no sienta una regla general al respecto. Por eso la doctrina considera litigiosos para calificar la solvencia del fiador a aquellos bienes que presentan vicios o reparos en los títulos de dominio (213). Naturalmente, que queda al criterio del juez determinar si el vicio de los títulos es tal, que al inmueble deba considerársele como litigioso;

4.º Los inmuebles sujetos a hipotecas gravosas. Porque la hipoteca da al acreedor hipotecario un derecho de preferencia, y por lo tanto, las expectativas del acreedor de pagarse con esos bienes sería muy remota. Los autores están de acuerdo, aplicando por analogía lo que se dice con respecto a las hipotecas, que si sobre los bienes del fiador haya constituidos otros derechos reales, por ejemplo un usufructo, para considerar la solvencia habría que descontar el valor del derecho real (214);

5.º Los inmuebles sujetos a condiciones resolutorias. Porque la garantía que ellos ofrecen es muy débil, ya que operada la resolución el fiador pierde el dominio de estos bienes, y

6.º Por último, el inciso final del artículo 2,350 establece que "si el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aún los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con éstos". Salta a la vista que hay un error en esta parte del artículo al decir "si el deudor estuviere recargado de deudas", pues, debió de-

(212) Pescio, o. c., N.º 259, pág. 188.

(213) Pescio, o. c., N.º 260, pág. 189; Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 190, pág. 201. Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 978, pág. 479.

(214) Pescio, o. c., N.º 266, pág. 192. Laurent, o. c., XXVIII, N.º 191, pág. 201; Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 979, pág. 480.

les en que el plazo se estipule en beneficio del acreedor, o de ambos como pasa en el mutuo con interés, el fiador no estaría facultado para pagar anticipadamente porque tampoco tendría este derecho el deudor.

Si la obligación afianzada es condicional, nada obsta a que el fiador pague antes que la condición se cumpla; pero entonces, en conformidad al artículo 1,485, podría repetir lo pagado.

127. Consecuencias que se siguen si el fiador paga anticipadamente.—Del hecho que el fiador pague anticipadamente la obligación, se siguen consecuencias de interés en sus relaciones con el deudor. Veremos más adelante que por ser el fiador un deudor subsidiario, no es él, sino el deudor directo quien en definitiva debe soportar el pago. Por eso el legislador le da acciones para obtener el reembolso de lo pagado. Pero si el fiador paga antes de expirar el plazo de la obligación principal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2,373 no puede reconvenir al deudor sino una vez que el término haya vencido. Disposición que tiene sólida base en la equidad, porque así como el deudor por un acto propio no puede hacer más gravosa la obligación del fiador, tampoco éste puede hacer más gravosa la obligación de aquél.

En seguida si el fiador paga, sea que lo haga anticipadamente o no, el artículo 2,377 lo obliga a poner este hecho en conocimiento del deudor, y si no lo hace, el deudor puede oponerle al fiador, cuando éste tratase de reembolsarse de lo pagado, las mismas excepciones que hubiere podido oponer al acreedor al momento del pago. Y todavía más, si el deudor ignorando por falta de aviso la extinción de la deuda la pagare de nuevo, establece el artículo citado que el fiador no tendrá recurso alguno contra el deudor, pero que podrá intentar contra el acreedor la acción de aquél por el pago indebido. Esta regla dada por el legislador presenta una curiosidad: el acreedor ha recibido dos pagos: primero del fiador, y después del deudor. Luego el pago del fiador es de lo debido; el del deudor, de lo indebido, y no es éste quien puede repetir contra el acreedor, sino el fiador, con lo que se establece una verdadera subrogación legal en favor del fiador respecto de la acción de pago de lo no debido que competía al deudor.

128. Exigible que sea la obligación, el fiador puede requerir al acreedor para que persiga al deudor.—El artículo 2,356 da al

## CAPITULO V

### EFFECTOS DE LA FIANZA

125. División de la materia.—Para estudiar los efectos que se derivan, de la fianza, es necesario distinguir los que se producen: entre fiador y acreedor; entre fiador y deudor, y, finalmente, entre los cofiadores cuando ellos son varios.

#### SECCION PRIMERA

##### EFFECTOS ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

126. El fiador puede pagar antes que sea exigible la obligación.—El artículo 2,353 faculta al fiador para hacer el pago de la deuda afianzada aún antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal. De ordinario la fianza se constituye cuando la obligación del deudor no es de cumplimiento inmediato, sino cuando éste debe verificarse en una época próxima, que se determina por la llegada de un plazo o el cumplimiento de una condición. Por esta circunstancia el legislador se pone en el evento de que el fiador desee pagar anticipadamente y lo autoriza para hacerlo siempre que el deudor principal estuviere también facultado para ello.

Tratándose de una obligación a plazo, el fiador por regla general podrá hacer el pago en forma anticipada, porque lo normal será que el plazo esté establecido en beneficio del deudor y entonces conforme el artículo 1,497 es renunciabile. Pero en los casos excepciona-

rejada ejecución. Por ejemplo, cuando la obligación principal y la fianza consten por escritura pública, y el acreedor haga valer una primera copia o una segunda dada con citación tanto del deudor como del fiador. Respecto de este último la citación es sin duda necesaria, porque el artículo 456 N.º 2 del Código de Procedimiento Civil establece que la segunda copia debe darse con citación de la persona a quien deba perjudicar, caso en que encuentra el fiador ya que en su contra se pretende iniciar la ejecución.

La cuestión del título ejecutivo que pueda invocarse contra el fiador nos lleva a analizar el punto referente a si tendrá este carácter la sentencia que se dicta contra el deudor. Baudry Lacantinerie (223) y Pescio (224) se inclinan por la negativa y Dalloz (225) por la afirmativa. En nuestra jurisprudencia nos hemos encontrado con que la Corte de Apelaciones de Santiago sostiene que la sentencia dictada contra el deudor produce cosa juzgada respecto al fiador (226) mientras que la Corte de Apelaciones de Talca (227) y la Corte Suprema (228) sustentan la opinión contraria.

Haciendo un análisis de estas opiniones, cabe destacar que los que estiman que la sentencia dictada contra el deudor no sirve de título ejecutivo contra el fiador no dan mayores razones, no fundamentan su opinión. La Corte Suprema, en uno de los considerandos del fallo aludido, dice: "que en consecuencia no puede hacerse efectivo en contra de ésta (se refiere a la sucesión del fiador) el fallo de cuyo cumplimiento se trata, como quiera que las resoluciones judiciales no producen cosa juzgada sino respecto a las partes que han litigado, salvo las excepciones establecidas por la ley, entre las cuales no se encuentra comprendido el presente caso". Nuestro más Alto Tribunal no se detuvo a pensar en este considerando que de acuerdo con el artículo 2,354 la cosa juzgada es una excepción real de la cual puede valer el fiador. Y si la sentencia dictada en favor del deudor pue-

(223) O. c., N.º 1020, pág. 497.

(224) O. c., N.ºs 297 y 298, págs. 211 y 212.

(225) Jurisprudencia General, sobre la palabra Cautionnement, tomo VII, N.º 320.

(226) Sentencia de 3 de diciembre de 1884, Gaceta de los Tribunales de 1884, sentencia N.º 3068, pág. 2065.

(227) Sentencia de 15 de abril de 1910, Gaceta de los Tribunales de 1910, sentencia N.º 133, pág. 260.

(228) Sentencia de 15 de diciembre de 1906, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo IV, segunda parte, sección primera, pág. 303.

de invocarla el fiador como excepción a virtud de la cosa juzgada que de ella emana, ¿no podría decirse que también le afecta la acción de cosa juzgada que lleva consigo toda sentencia firme? En nuestro concepto hay falta de equidad al resolver que el fiador puede valerse de la sentencia dictada a favor del deudor, y que en cambio no puede accionarse en su contra con esa misma sentencia cuando es desfavorable. Por esta razón, no aceptamos la opinión de la Corte Suprema, que como dijimos es también la de Pescio y de Baudry Lacantinerie.

Por lo demás, aceptar que pueda perseguirse ejecutivamente al fiador con la sentencia dictada contra el deudor no significa dejarlo indefenso. Podría oponer a la demanda sus excepciones personales, las reales no opuestas por el deudor y todavía alegar que entre éste y el acreedor hubo colusión en el juicio.

132. El acreedor no puede invocar contra el fiador el privilegio de que goza contra el deudor.—Al hablar de la solidaridad vimos que era discutido si el acreedor que gozaba de un privilegio contra uno de los deudores solidarios, podía invocarlo contra los demás deudores. En la fianza no se presenta esta dificultad, porque es evidente que el privilegio no puede hacerse valer contra el fiador. Para resolverlo así basta con considerar que la obligación del fiador es distinta de la obligación del deudor, y que los privilegios, por ser de derecho estricto, no pueden extenderse de una obligación a otra, ni pueden hacerse valer sino contra las personas indicadas por la ley. Nuestra jurisprudencia ha tenido más de una oportunidad para resolver la cuestión en el mismo sentido (229).

La misma solución debe darse tratándose de un fiador solidario. Sin embargo, la Corte Suprema, en uno de sus fallos ha sostenido lo contrario (230). Opinión que es sin duda criticable, no sólo porque al fiador solidario debe mirársele como fiador en las relaciones con el acreedor, sino porque aun considerándolo como deudor solidario, por

(229) Corte Suprema, sentencia de 5 de abril de 1864, Gaceta de los Tribunales de 1864, sentencia N.º 539, pág. 241 y de 25 de mayo de 1914, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 266.

(230) Sentencia de 27 de octubre de 1863, Gaceta de los Tribunales de 1863, sentencia N.º 2123, pág. 809. La Corte de Apelaciones de Santiago en falla de 3 de noviembre de 1932, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVI, segunda parte, sección primera, pág. 330, implícitamente acepta nuestra doctrina.

fiador simple podría oponer el beneficio de excusión, naturalmente que limitado a los bienes del deudor principal (235).

Si la obligación afianzada no produce acción, tampoco podría el fiador valerse de la excusión. Así lo dice el número tercero del artículo 2,358. Se refiere aquí el legislador a las obligaciones naturales en razón de que el efecto principal que produce el beneficio de excusión consiste en que el acreedor persiga primeramente al deudor principal; y, si la obligación afianzada no es civil, por carecer de acción el acreedor, estaría imposibilitado jurídicamente para dirigirse contra el deudor.

De acuerdo con el número cuarto del tantas veces citado artículo 2,358, igualmente no puede prevalecerse del beneficio de excusión el fiador, cuando la fianza ha sido ordenada por el juez. Como lo hiciémos notar en otra oportunidad, es difícil saber el motivo que ha tenido el legislador al establecer esta disposición.

Fuera de los casos indicados en el artículo 2,358 y que acabamos de analizar, hay otros en que tampoco el fiador puede oponer el beneficio de excusión y entre estos tenemos: si se trata de un fiador hipotecario o prendario, y se pretende por el acreedor perseguir la cosa hipotecada o empeñada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2,429 y 2,430 a que nos referimos en otra ocasión (N.º 116); si el fiador se obliga con el carácter de solidario, pues uno de los efectos de la fianza solidaria es privar al fiador de este beneficio (236); y si el deudor está en quiebra o notoria insolvencia, porque entonces el fiador estaría en la imposibilidad de indicar los bienes del deudor sobre los cuales el acreedor pueda ejercitar sus derechos, requisito éste indispensable para que proceda la excusión (237).

136. Casos en que el acreedor está obligado a practicar la excusión.—Salvo los casos a que acabamos de referirnos, en que el fiador está privado del beneficio de excusión, por regla general queda a su arbitrio oponerlo o no. Así se desprende del artículo 2,357 que emplea la expresión "podrá". Pero, excepcionalmente, el acreedor está

(235) Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 1878, Gaceta de los Tribunales de 1878, sentencia N.º 3348, pág. 1410.

(236) Ver supra N.º 119 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de septiembre de 1918, Gaceta de los Tribunales de 1918, sentencia N.º 507, pág. 1563.

(237) Pescio, o. c., N.º 321, pág. 220. Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1024, pág. 501.

obligado a practicar la excusión, en conformidad al inciso 2.º del artículo 2,365, cuando el fiador no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor principal. Es necesario que esta manifestación de voluntad sea expresa e inequívoca; en otros términos, que no quede la menor duda que la intención del fiador ha sido obligarse de esa manera. En nuestra jurisprudencia se ha resuelto que no se producía el caso contemplado en el artículo 2,365 si una persona se obliga como fiador subsidiario (238); pero que sí cabía aplicar dicho artículo si el fiador se obliga para el caso en que "el deudor no pague o no cumpla" (239).

Si el fiador contrae su obligación en los términos que hemos indicado, agrega el artículo 2,365 que no será responsable de la insolvencia del deudor siempre que concurren estas dos circunstancias: que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar, y que haya sido negligente en servirse de ellos.

Respecto al primer requisito, puede darse el caso de que los bienes del deudor no fueren suficientes para el pago total, pero sí para un pago parcial. En este evento, aplicando el inciso 1.º del mismo artículo, es obvio decidir que quedaría subsistente la responsabilidad del fiador por el exceso. Pero si la obligación afianzada fuere natural, no obstante que el deudor tuviere bienes, no se entendería cumplido este requisito, ya que el acreedor no podría perseguir al deudor (240).

En cuanto a la negligencia del acreedor para perseguir los bienes del deudor con el objeto de hacerse pago, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 debemos concluir que responde de la culpa leve, porque esa disposición, nos dice que culpa o descuido sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Y decir negligente, como lo hace el artículo 2,365 es lo mismo que decir culpable.

Punto interesante a propósito de los requisitos examinados es el de saber quien debe probar su concurrencia. En cuanto al hecho que el acreedor ha tenido medios suficientes para pagarse, no hay duda que debe acreditarlo el deudor. ¿Pero y la negligencia del acreedor quien

(238) Corte Suprema, sentencia de 12 de septiembre de 1904, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo II, segunda parte, sección primera, pág. 75.

(239) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 21 de mayo de 1877, Gaceta de los Tribunales de 1877, 1.º semestre, sentencia N.º 1064, pág. 530.

(240) Pescio, o. c., N.º 329, pág. 223.

ñalados. Excepcionalmente, el artículo 2,359 establece que bienes no pueden ser excutidos, y su enumeración es semejante a la que contiene el artículo 2,350 que indica los bienes que no pueden tomarse en consideración para calificar la solvencia de la persona que el deudor presenta como fiador, cuando está obligado a rendir fianza.

Los bienes que en conformidad al artículo 2,359 no pueden señalarse para la excusión son los siguientes: los que estén fuera del territorio del Estado, porque su persecución se haría muy difícil para el acreedor; los embargados o litigiosos, de acuerdo con la acepción que dimos a estas expresiones al comentar el artículo 2,350; aquellos cuyo dominio esté sujeto a condiciones resolutorias, por la incertidumbre que existiría, pues al cumplirse la condición se extinguiría el derecho del deudor sobre ellos; los créditos de dudoso o difícil cobro, circunstancias estas que serán calificadas soberamente por el Tribunal, porque ellos no son suficiente garantía para el acreedor; y finalmente los bienes que estuvieren hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas. El legislador incurre en una redundancia al decir bienes hipotecados a favor de deudas preferentes, porque la sola hipoteca supone ya que el crédito goza de preferencia.

A la enumeración que antecede hecha por el legislador, la doctrina agrega entre los bienes que no pueden señalarse para la excusión: aquellos que estén retenidos por orden judicial, aún cuando ellos quedarían comprendidos dentro de los bienes embargados, dado el sentido amplio que la jurisprudencia ha atribuido a la expresión embargo (243); los inembargables, porque ellos no podrían perseguirse por el acreedor; y aquellos que el deudor posea en comunidad con otras personas, que los autores equiparan a los bienes litigiosos, por las dificultades que podrían presentarse al acreedor con motivo de la indivisión (244).

Parece lógico decidir que la prueba de que los bienes indicados por el fiador no sirven para la excusión debe recaer sobre el acreedor,

(243) Corte Suprema, sentencia de 8 de junio de 1906, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo III, segunda parte, sección primera, pág. 365 y Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 23 de agosto de 1930, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVIII, segunda parte sección segunda, pág. 1.

(244) Laurent, o. c., tomo XVIII, N.º 215, pág. 225. Boudry Lacan-  
tinerie, o. c., N.º 1033, pág. 503. Pescio, o. c., N.º 362, pág. 237.

pues la regla general es que todos los bienes son susceptibles de ser excutidos.

141. El acreedor tiene derecho a exigir del fiador que le anticipe los costos de la excusión.—En el Código francés se establece como requisito previo para que el fiador pueda oponer el beneficio de excusión, que éste anticipe al acreedor los costos para proceder a ella, es decir, que lo provea de los fondos necesarios para sufragar los gastos que le demande la persecución del deudor. En nuestro Código no se lo establece con el carácter de requisito para que sea admisible la excusión, sino que el legislador, en el artículo 2,361 se contenta con dar derecho al acreedor para que formule esta exigencia al fiador. No es entonces un requisito previo; pero si el acreedor hace uso del derecho, el fiador estaría obligado a cumplirlo, y, ante su negativa, al juez no le quedaría más remedio que condenarlo. Si acreedor y deudor no se ponen de acuerdo sobre el monto de la anticipación ésta es fijada por el juez quien además nombra la persona en cuyo poder se consignará, persona que puede ser el mismo acreedor. Así lo establece el artículo 2,361 en el inciso 2.º. El fiador, por su parte puede pretender hacer el mismo la excusión en un plazo razonable, y el juez está obligado a considerar esta petición, aun cuando no es forzoso que la acepte. Así se desprende del inciso final del citado artículo, que habla de que el deudor en esta pretensión "será oído".

La razón de porqué se concede al acreedor el derecho de exigir al fiador le anticipe los fondos de la excusión es fácil de comprender: piensa el legislador, que el fiador al estar obligado a hacer un desembolso, no se valdrá de la excusión con el solo fin de dilatar el procedimiento.

En cuanto a quien debe soportar en definitiva los costos de la excusión, el Proyecto de Código de 1853 establecía en el artículo 2,526, que ellos eran de cargo del deudor. Pero esta disposición no prosperó en el Código que nos rige y por lo tanto la cuestión debe resolverse de acuerdo con las reglas generales. En consecuencia, si era justificada la excusión opuesta por el fiador y el acreedor obtiene del deudor, éste soportará los gastos si es condenado en costas; en caso contrario, serán de cuenta del acreedor. Si el acreedor es vencido en el juicio por nulidad de la obligación o porque ella estaba extinguida, quiere decir que no tenía razón para demandar al deudor y él cargará con los gas-



la excusión no alcancen para solventar la totalidad de la deuda: ésta no sería razón para que el acreedor no estuviera obligado a practicarla, y sólo podría reconvenir al fiador por la parte insoluta. Así lo dice el artículo 2,364, que viene a constituir una excepción al principio consagrado en el artículo 1,591, según el cual el acreedor no está obligado a recibir el pago por parcialidades. Pero si el pago parcial resultare como consecuencia de un acuerdo privado suscrito entre acreedor y deudor, para adjudicarle al primero en determinada suma los bienes embargados, se ha fallado que no podría perseguirse por el saldo al fiador, que no suscribió semejante pacto. (250).

#### B. EL BENEFICIO DE DIVISIÓN

144. Concepto y orígenes.—El beneficio de división, segundo derecho que puede hacer valer el fiador contra el acreedor, tiene aplicación cuando existe pluralidad de fiadores. Lo contempla el Código en el artículo 2,367 que dice: "Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa".

En los primeros tiempos del Derecho Romano la responsabilidad de los fiadores era solidaria. Fué el Emperador Adriano el que introdujo el beneficio de división. Y cosa curiosa, hoy en día las legislaciones tienden a volver a la solidaridad primitiva; tal acontece por ejemplo en los Códigos alemán, suizo de las obligaciones y brasilero.

Con respecto a la responsabilidad de los cofiadores existe una diferencia fundamental entre nuestro Código y el Código francés. En el nuestro, la división de la deuda entre los cofiadores se produce de pleno derecho. En cambio en el Código francés, el artículo 2,025 establece que cada uno de los fiadores es obligado al total de la deuda; pero el artículo 2,026 da derecho al fiador demandado para oponer el beneficio de división, con el fin que se persiga de cada uno de los demás fiadores su parte en la deuda. Sin lugar a dudas se conforma mejor a los principios jurídicos la solución del Código chileno, porque al no existir solidaridad entre los cofiadores, quiere decir que la obliga-

(250) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de diciembre de 1901, Gaceta de los Tribunales de 1901, 2.º semestre, sentencia N.º 2505, pág. 1659.

ción es conjunta, y por lo tanto, la división de la deuda debe operarse de pleno derecho. Por eso es que los autores franceses han criticado a su legislador, diciendo precisamente que no hay explicación suficiente para que la obligación de los fiadores, sin ser solidaria, no se divida entre ellos ipso jure (251).

145. Paralelo entre los beneficios de división y de excusión.—Entre el beneficio de excusión y el de división existen diferencias fundamentales. Así tenemos que el primero constituye una excepción dilatoria, en tanto que el segundo, como excepción, tiene el carácter de perentoria, porque mira al fondo del asunto. En seguida, para oponer el beneficio de excusión, el fiador debe llenar una serie de trámites, tales como señalar los bienes del deudor, anticipar los costos de la excusión si el acreedor lo exige, etc., a diferencia del beneficio de división, que puede alegarse en dos líneas, diciéndose que por existir varios fiadores cada uno sólo puede ser perseguido por su cuota en la deuda.

146. Requisitos que deben concurrir para que el fiador pueda oponer este beneficio.—Para oponer con éxito el beneficio de división es necesario que el fiador no lo haya renunciado, que no sea fiador solidario, y que se trate de fiadores de una misma deuda y de un mismo deudor.

El beneficio de división está establecido en el solo interés de los fiadores, y en consecuencia éstos pueden renunciar a él y pagar el total de la deuda. Extinguida la deuda, al fiador que paga el artículo 2,378 lo subroga en los derechos del acreedor en el exceso de lo pagado.

Si el fiador es solidario, no puede invocar el beneficio de división. Así lo dice el artículo 2,367, porque precisamente, como vimos en el N.º 119, uno de los efectos que se siguen de pactarse solidaridad entre fiadores es privarlos de este beneficio.

Finalmente, para que se opere la división entre los fiadores se requiere que lo sean del mismo deudor y de la misma deuda, aun cuando las fianzas se hubieren constituido en épocas distintas, ello en conformidad al artículo 2,368. De acuerdo con esta exigencia, si hay va-

(251) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1050, pág. 510.

149. **Fundamento.**—No existe uniformidad de pareceres entre los tratadistas para determinar de donde emana la obligación que pesa sobre el acreedor de conservar las acciones que tenga contra el deudor, y en las cuales se produce la subrogación en favor del fiador.

Algunos autores ven en el acto del acreedor que coloca al fiador en la imposibilidad de subrogarse en sus derechos un delito, o cuando menos un cuasidelito civil y entonces el acto ilícito sería el origen de la obligación que tiene el acreedor de indemnizar al fiador (253). Pero a esta opinión puede objetársele que existiendo entre acreedor y fiador un vínculo jurídico, como es el que nace de la fianza, no puede entre ellos existir responsabilidad extracontractual (254). Tampoco puede decirse que la obligación del acreedor de conservar las acciones emane del contrato de fianza, porque ello equivaldría a darle el carácter de contrato bilateral, en circunstancia que como vimos es unilateral, ya que de él, sólo nacen obligaciones para el fiador (255). Por eso creemos que la fianza, cuando el acreedor no conserva las acciones se transforma en lo que en doctrina se denomina un contrato sinagmático imperfecto, porque la obligación del acreedor dimana, no del contrato, sino de un hecho, posterior a su nacimiento, al que la ley le atribuye el carácter de generador de obligaciones.

150. **Quienes pueden invocar esta excepción.**—La excepción de subrogación puede ser invocada por todos los fiadores, sea que se trate de una fianza gratuita o remunerada, civil o mercantil, legal, convencional o judicial. Asimismo, los autores y la jurisprudencia francesa, con rara uniformidad estiman que también podría invocarla el

(253) Entre los autores que dan como fundamento de esta excepción la idea del delito o del cuasidelito, Dalloz, o. c., sobre el artículo 2037, N.º 1, menciona a Baudry Lacantinerie, pero la referencia no es bien exacta porque este tratadista habla de culpa del acreedor, pero no de delito o cuasidelito, o. c., N.º 1174, pág. 560.

(254) Sin embargo, muchos estiman que entre los contratantes puede recibir aplicación la responsabilidad extracontractual. Sobre este punto puede consultarse la interesante Memoria de don Orlando Tapia "De la responsabilidad civil y de la responsabilidad delictual entre los contratantes", año 1941.

(255) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 302, pág. 297, no es bien claro sobre el fundamento que da a esta excepción; pero hace argumentos propios de los contratos bilaterales, porque dice que Pothier fundamentaba la liberación del fiador en ese principio, común a todos los contratos bilaterales "que cuando hemos contratado obligaciones recíprocas yo no puedo demandar la ejecución de la vuestra cuando por mi culpa yo he faltado a la mía".

fiador solidario (256). Adherimos a esta opinión, que no es sino una consecuencia de estimar que el fiador aunque se obligue en forma solidaria, no pierde el carácter de tal, y se rige por las reglas de la fianza, aun en sus relaciones con el acreedor (257).

Por el contrario, la doctrina, salvo opiniones disidentes, está de acuerdo en negar la excepción de subrogación a los codeudores solidarios, porque ellos son deudores directos (258). Sin embargo estos gozarían de la excepción que estudiamos si el acreedor hubiere obrado con dolo al privarlos de las acciones, o si en el contrato se hubiere estipulado que el acreedor estaría obligado a conservar dichas acciones (259).

No obstante el carácter excepcional que tiene la excepción de subrogación, también podría invocarla el tercero que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena (260). Ciertamente que éste no es fiador, pero hay que reconocer que su situación presenta mucha similitud con la de éste, por cuanto ninguno de los dos es deudor directo, sino que acceden, el uno a la hipoteca y el otro a la fianza para garantizar una deuda que no es propia. Todavía más, esta solución tiene en nuestro Código asidero legal, porque el artículo 2,429 refiriéndose al tercero que paga, dice que se subroga al acreedor en los mismos términos que el fiador. Esta última expresión es lo bastante amplia para permitir sostener que con ella se ha querido significar que también el tercero que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena goza de la excepción de subrogación.

(256) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1188, pág. 570. Laurent, o. c., tomo XXVIII N.º 304 y 305, pág. 299. Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 246 y nota 19 a esa página. Ver también Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,037, quien cita abundantemente jurisprudencia de los tribunales franceses.

(257) Ver supra N.º 119.

(258) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1189, pág. 571; Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 249. Nuestra jurisprudencia así también lo ha reconocido implícitamente, porque la Corte Suprema, en sentencia de 24 de septiembre de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 513, para conocer este derecho a un fiador y codeudor solidario tuvo que sostener que no bastaba decir que se obliga con este carácter para que fuera deudor solidario y de diversos antecedentes dedujo que era fiador. A este fallo nos habíamos referido anteriormente. Ver supra N.º 120, nota 207.

(259) Baudry Lacantinerie "Des Obligations", tomo II, N.º 1290 y 1291, pág. 375, y 376. Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 343, pág. 345. Aubry et Rau, o. c., tomo IV, pág. 56, in fine y pág. 57.

(260) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1187, pág. 569. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 303, pág. 298. Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 248 y nota 20 a esa página.

legal de retención o a la acción resolutoria; si remite la deuda a los demás cofiadores, etc.; etc.

154. 3.º Debe tratarse de acciones útiles para el fiador.— Si el acreedor pierde una acción que de haberse conservado y subrogado en ella el fiador no le hubiere reportado beneficio alguno, no recibe aplicación la excepción de subrogación, porque entonces el acto del acreedor no le ocasiona perjuicios al fiador (265). Por ejemplo, si el acreedor cancela una hipoteca que, por ser de cuarto grado no se habría alcanzado a pagar con el producto de la subasta del inmueble hipotecado que es absorbido íntegramente por las hipotecas preferentes.

155. La excepción de subrogación debe alegarse. Es renunciable.—La liberación del fiador por la pérdida de las acciones del acreedor no se produce de pleno derecho, sino que el fiador debe alegarla. Así se desprende también de los términos usados por el artículo 2,355, al manifestar que “el fiador tendrá derecho”. Lo común y corriente será que el fiador invoque el beneficio que le otorga el artículo citado como excepción; pero nada obsta que se haga valer como acción la que se tramitaría como juicio ordinario (266).

El fiador al no oponer la excepción de subrogación estaría renunciando a ella. Ello es perfectamente posible porque es un derecho establecido en beneficio del fiador. Por lo demás si la propia subrogación legal que se opera en favor de éste es renunciable, con mayor razón lo será la excepción, que no viene a ser sino una consecuencia de aquella.

156. Efectos.—El efecto de la excepción de subrogación no es siempre el mismo. En ciertos casos ella traerá consigo la extinción de la fianza, cuando las acciones perdidas por culpa del acreedor, de haber subsistido, habrían permitido al fiador obtener el reembolso total de lo pagado al acreedor. En otros, solo se producirá la liberación parcial del fiador, cuando las acciones en que pudo subrogarse solo le habrían reembolsado parte de lo pagado. Estos efectos se deducen tanto del número segundo del artículo 2,381 como del artículo 2,355, porque es-

(265) Jossierand, o. c., tomo II, N.º 1491, pág. 811, y la unanimidad de los autores.

(266) Guillaouard y Huc, citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2037, N.º 174.

te se refiere al caso en que el acreedor ha puesto al fiador en la imposibilidad de subrogarse en sus acciones, y aquel, a la pérdida lisa y llana de las acciones del acreedor. En el hecho, como también lo reconoce Pescio (267), la situación es la misma. Por eso, como lo hicimos notar, el Código francés sólo se refiere a esta excepción en el artículo 2,037 al hablar de la extinción de la fianza.

Puede acontecer que el fiador hubiere efectuado el pago al acreedor, y, que, cuando se dirija contra el deudor se encuentre con que las acciones se habían extinguido por culpa del acreedor. En este evento, creemos que el fiador goza de la acción de inrem verso contra el acreedor para que le restituya la parte en que no ha podido subrogarse.

Mediante la excepción de subrogación, el fiador pretenderá que su obligación se ha extinguido en todo o en parte. En consecuencia a él corresponderá acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para que proceda la excepción. Así resulta de aplicar la regla general que sobre la prueba da el artículo 1,698.

#### D. LAS EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES

157. El fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales que emanan de la obligación y las personales suyas. Referencia a la solidaridad.—El artículo 2,354 establece que “el fiador puede oponer al acreedor cualquiera excepciones reales, como la 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”, y agrega: “Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal”. En realidad, la situación del fiador con respecto a las excepciones que puede oponer al acreedor es muy semejante a la del deudor solidario, como se desprende de comparar los artículos 1,520 y 2,354. A fin de evitar repeticiones inútiles, nos remitimos a nuestros N.º 68 y 71 donde analizamos la cuestión al hablar de la solidaridad, como asimismo al N.º 113 donde nos referimos a la excepción que puede emanar de la incapacidad del deudor. Aquí solo nos ocuparemos de los vicios del consentimiento, de la compensación, y de la prescripción, por presentar características especiales.

(267) O. c., N.º 433, pág. 266.

y dentro de estos medios está la prescripción. También apoyan su doctrina, trayendo a colación las críticas dirigidas por algunos tratadistas franceses a la forma como se soluciona la cuestión dentro de esa legislación y a la cual nos acabamos de referir. No hay duda que la argumentación tiene base y que ella permite sostener con honradez la doctrina enunciada. Pero a pesar de todo, creemos que en nuestro Código debe seguirse la doctrina que el Código francés consagra expresamente, con la ventaja de que dada la forma como el legislador chileno ha reglamentado la prescripción, no puede ser objeto de las críticas que se le han dirigido en aquella legislación. Porque de acuerdo con el artículo 2,516 la fianza no prescribe independientemente de la obligación principal, sino conjuntamente con ella, lo que equivale a decir que mientras subsiste la obligación principal también subsiste la fianza. En el Código francés no hay una disposición como el artículo 2,516 nuestro, sino que la fianza en cuanto a la prescripción, queda sometida a las reglas generales, lo que permite que ella pueda extinguirse independientemente de la obligación a que accede. Por eso son justificadas las críticas que se han dirigido al citado artículo 2,250. Pero esta crítica sería infundada en nuestra legislación, porque, repetimos de la única manera que pueda extinguirse la fianza por prescripción es corriendo la misma suerte la obligación principal; luego si ésta subsiste porque la prescripción se ha interrumpido en el deudor, es forzoso concluir que también subsiste la obligación del fiador. No es posible entonces, que entre nosotros la fianza se extinga por la prescripción independientemente de la obligación principal. El argumento que se hace en contrario, basado en el artículo 2,381, y según el cual la fianza se extingue por los mismos medios —entre los cuales se halla la prescripción— que las otras obligaciones, no tiene mayor valor, porque no se repara en que ese artículo, después de sentar ese principio, agrega "según las reglas generales". ¿Y cuál es la regla general en materia de prescripción en lo que se refiere a la fianza? La contenida en el tantas veces citado artículo 2,516, esto es, que la única forma de extinguirse por este medio la fianza es por la prescripción de la obligación a la cual accede. Por todas estas razones, reiteramos nuestra doctrina de que la interrupción de la prescripción operada en el deudor también afecta al fiador.

Distinta solución debemos dar al otro caso que pretendíamos dilucidar, es decir si la interrupción operada en el fiador perjudica al

deudor, porque aquí no hay duda que recupera su imperio la regla general del efecto relativo de los actos interruptivos de la prescripción. Por consiguiente, si demandado el fiador mientras está vigente la obligación, pretende después el acreedor perseguir al deudor, y se hubiere cumplido el plazo de prescripción, éste, no obstante la demanda dirigida contra el fiador podría alegar la prescripción, la que a su respecto nunca se habría interrumpido.

## SECCION SEGUNDA

### EFFECTOS ENTRE FIADOR Y DEUDOR

162. Principio general. Distinción entre los efectos que se siguen antes y después del pago.—Al reglamentar el legislador las relaciones del fiador con el deudor, siempre procedió inspirado por la idea de que el fiador no es verdadero deudor y que sólo accede a la obligación con el fin de garantizarla. De ahí que lo protege por todos los medios a su alcance, protección que se traduce, no tan sólo en darle acciones para obtener del deudor el reembolso de lo pagado, sino también en otorgarle importantes derechos cuales son los contemplados en el artículo 2,369, que precisamente tienen por objeto evitar que el fiador se vea en el trance de pagar. Por eso debemos estudiar los efectos de la fianza entre fiador y deudor en dos momentos: antes y después que aquel efectúe el pago.

163. 1.º Antes de efectuar el pago, el fiador puede hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 2,369.—Esta disposición faculta al fiador para exigir del deudor principal que le obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza o le consigne medios de pago. El legislador ha sido muy preciso al decir que el fiador puede exigir del deudor que le obtenga el relevo de la fianza, y no simplemente que lo releve de ella, porque el contrato de fianza se celebra entre acreedor y fiador, y, sin el consentimiento de aquél, éste no podría quedar libre de su obligación. Por eso, con razón la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto, que no caducaba una fianza por el hecho de suscribirse una escritura entre el deudor y el fiador en

za supone, y es lógico entonces que por excepción, no pueda invocar los derechos del artículo 2,369. Así lo dice la misma disposición. Pero no puede decirse lo mismo del que se obligó ignorándolo el deudor, pues éste sí que goza de los referidos derechos. El caso del fiador que se obligó no obstante la reticencia del deudor es excepcional y no puede aplicarse por analogía.

166. Si el fiador o el deudor hacen el pago, están obligados a darse aviso mutuamente.—En una obligación afianzada, el pago puede efectuarse tanto el fiador como el deudor. Pues bien, el legislador les impone la obligación de noticiarse el uno al otro del hecho del pago, y si no lo hacen se siguen las consecuencias indicadas en los artículos 2,377 y 2,376.

El artículo 2,377, a que nos hemos referido en otra oportunidad, establece que si el fiador no pone en conocimiento del deudor el hecho del pago, puede éste oponerle todas las excepciones de que podía haberse servido contra el acreedor al momento del pago, y si el deudor, por ignorar la extinción de la deuda, paga de nuevo, no tendrá el fiador recurso alguno contra él, pero, podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor por el pago indebido. Al decir el legislador que el fiador no tendrá recurso alguno contra el deudor, es evidente que lo priva tanto de la acción subrogatoria como de la acción personal de reembolso que nace de la fianza. En cuanto a la acción de pago de lo no debido que puede ejercitar el fiador, ya hicimos notar que ella en realidad corresponde al deudor cuyo pago fué el indebido y que el Código al otorgarla al fiador, establece una verdadera subrogación legal.

Si paga el deudor y por no comunicarlo al fiador paga éste de nuevo, tiene acción para que el deudor lo indemnice de lo pagado. Así lo establece el artículo 2,376, y ello no es ninguna novedad, porque esa misma indemnización la podría obtener el fiador mediante el ejercicio de la acción de reembolso del artículo 2,370. El deudor por su parte conserva la acción de repetición por el pago indebido contra el acreedor. Nuevamente aquí, al igual que en el artículo 2,377, nos encontramos con que el legislador da la acción de repetición a quien no le corresponde, pues el pago del deudor fué el debido, y el del fiador el indebido. Sin embargo, aplicando las reglas generales, no vemos incon-

veniente para que en este caso, el fiador, en lugar de perseguir al deudor se dirija directamente contra el acreedor repitiendo lo pagado.

167. Si la fianza es remunerada el fiador puede exigir del deudor el pago de la remuneración estipulada.—El artículo 2,341 expresamente permite que el fiador estipule con el deudor una remuneración por el servicio que le presta. En este caso, es evidente que el fiador tiene derecho a reclamar del deudor el pago de la remuneración prometida.

168. 2.º Una vez efectuado el pago, al fiador le competen diversos derechos. Enumeración de ellos.—Hemos dicho en más de una oportunidad que el fiador sólo accede a la obligación con el fin de garantizar su cumplimiento, y que es el deudor, y no aquél, el que obtiene el beneficio que emana de la obligación contraída. Por eso es el deudor quien debe cargar en definitiva con la extinción de la obligación, y si el pago lo ha hecho el fiador su gravamen es sólo momentáneo, ya que puede dirigirse contra el deudor mediante dos acciones que le concede el legislador: la acción de reembolso contemplada en el artículo 2,370, y la acción subrogatoria en los derechos del acreedor a la cual se refiere el número segundo del artículo 1,610. Todavía más, si la fianza la ha otorgado por encargo de un tercero, en conformidad al artículo 2,371 puede ejercitar contra éste las acciones derivadas del mandato.

Estudiemos cada una de estas acciones.

#### A. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO

169. Generalidades.—La acción de reembolso, que pertenece al fiador por derecho propio, es la acción personal que emana del contrato de fianza. Arranca su origen del Derecho Romano, en el cual se hacía un *distingo* según que la fianza se otorgara con o sin el consentimiento del deudor. En el primer caso, el fiador gozaba de la acción del mandato, y en el segundo de la "actio negotiorum gestoris". Nuestro Código no hace la mencionada distinción y en ambos casos concede al fiador la acción de reembolso como se desprende del artículo 2,370, que dice: "El fiador tendrá acción contra el deudor principal" para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses y cuo-

pagado es una obligación de dinero, y que en esta clase de obligaciones la indemnización de perjuicios está representada por los intereses que puede cobrar el acreedor, como lo dispone el artículo 1,559. Pero si se han sufrido otros perjuicios, nada obsta para que el acreedor pueda cobrarlos, acreditando naturalmente su existencia. El legislador presume que el perjuicio mínimo que sufre el acreedor cuando se trata de obligaciones de esta naturaleza, es el interés que el dinero produce; por eso el inciso 2.º del citado artículo 1,559 establece que cuando sólo se cobran intereses no hay necesidad de probar perjuicios, lo que está indicando que ello no es obstáculo para que el acreedor cobre otros perjuicios, si se han producido y está en situación de acreditarlos. Estos mismos principios son los que aplica el artículo 2,370. Faculta al fiador para demandar intereses y también para cobrar otros perjuicios que le hubiere ocasionado la fianza. Por ejemplo, si el fiador, para hacer honor a su palabra y pagar la deuda, se ve en la necesidad de vender un inmueble a un precio muy inferior al que tiene en el mercado, podría cobrar al deudor no sólo los intereses de lo pagado, sino también la diferencia entre el valor real del inmueble y el que obtuvo en la venta apresurada.

El fiador que paga parte de la deuda, sólo puede repetir contra el deudor por la parte pagada y ello aun cuando este pago haya sido motivado por alguna transacción o remisión acordada con el acreedor, porque la acción de reembolso es una acción de indemnización y no una acción de lucro. Sin embargo en el caso de la remisión, ella puede acordarla el acreedor para beneficiar al fiador cediéndole su acción, entonces, excepcionalmente el fiador podría demandar el total del deudor. Así lo dispone el artículo 2,374.

Si el fiador paga más de lo debido, no podría cobrar al deudor el exceso de lo pagado, porque en ello al deudor no le cabe ninguna responsabilidad. Sólo le quedaría la acción de repetición contra el acreedor para que este le restituya lo pagado indebidamente.

171. Requisitos que se exigen para que el fiador pueda entablar esta acción. Enumeración.—Para que el fiador pueda deducir con éxito contra el deudor la acción de reembolso, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.º Que el fiador haya pagado al acreedor; 2.º Que el pago haya sido útil; 3.º Que el legislador no haya

privado al fiador de esta acción, y 4.º Que se entable en tiempo oportuno. Estudiemos cada uno de ellos en particular.

172. 1.º El fiador debe haber pagado al acreedor.—El artículo 2,370 da acción de reembolso al fiador que ha pagado la deuda. Pero no obstante referirse el legislador solamente al pago, debe entenderse que también goza de esta acción el fiador que ha extinguido la obligación por un medio equivalente al pago, como por ejemplo, dación en pago, compensación o novación. Así lo estima la doctrina inspirándose en las ideas de Pothier (282). Por lo demás, esta solución es perfectamente equitativa, ya que es lógico dar al fiador el derecho a reembolsarse cuando la extinción de la obligación le ha significado un sacrificio económico.

De lo dicho se desprende que por el contrario no habría derecho a reembolso de ninguna especie si la obligación se ha extinguido por algún medio que no signifique empobrecimiento al fiador: por ejemplo por prescripción, remisión, pérdida de la cosa que se debe, etc. Porque en casos semejantes, el fiador no tendría en realidad de qué reembolsarse.

173. 2.º El pago debe haber sido útil.—Para que proceda la acción que estudiamos no basta que haya existido pago u operado un medio de extinción equivalente a él, sino que es necesario que el pago haya sido útil, entendiéndose por tal aquél que ha extinguido la obligación. Por eso, el artículo 2,375 niega en su N.º 3 la acción de reembolso cuando, por no haber sido válido el pago no ha quedado extinguida la deuda, lo que se justifica plenamente ya que en tales circunstancias el acreedor siempre podría dirigirse contra el deudor y obligarlo a que le efectuara el pago.

174. 3.º El fiador no debe estar privado de la acción.—La regla general es que todo fiador goce de la acción de reembolso, ya se trate de una fianza gratuita o remunerada; civil o mercantil; legal, convencional o judicial; sea que se haya obligado como fiador simple o como fiador solidario. También compete esta acción al codeudor solidario que se haya obligado sin tener interés en la deuda, como se des-

(282) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 237, pág. 248; Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1087, pág. 526. Pescio, o. c., N.º 491, pág. 299.

pues le concede la acción de reembolso con la amplitud que está establecida en el artículo 2,370, permitiéndole así cobrar al deudor no sólo lo pagado, sino también los intereses, los gastos, y aún los perjuicios que la fianza le hubiere ocasionado. En el Proyecto de Código de 1853, artículo 2,540, Bello, lisa y llanamente negaba a este fiador la acción de reembolso. Esta solución era más conforme a derecho, porque entonces el fiador al extinguir la obligación, podía hacer uso de la acción de in rem verso aplicando la regla general del artículo 2,291. No se producía así la discordancia que hoy existe entre este artículo y el artículo 2,375.

El número segundo del tantas veces citado artículo 2,375, después de decir que no goza de la acción de reembolso el fiador que se obligó contra la voluntad del deudor, salvo en cuanto se haya extinguido la deuda, agrega: "y sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar según las reglas generales". ¿Qué ha querido decir con esto? Porque en verdad es difícil determinar contra quien podría repetir en este caso el fiador. Por mucho que hemos meditado creemos que la repetición sólo sería posible contra el tercero por cuyo encargo se constituyó la fianza, situación contemplada en el artículo 2,371 y a la cual luego nos referiremos.

175. 4.º La acción debe entablarse oportunamente.—Finalmente, para que prospere la acción de reembolso, es necesario que se deduzca en tiempo oportuno, debiendo entenderse por tal desde que el fiador ha pagado y se hace exigible la obligación principal y hasta que se extinga por la prescripción.

Por lo general, el fiador podrá deducir la acción de reembolso tan pronto como haya hecho el pago al acreedor, pero si paga anticipadamente deberá esperar que la obligación principal sea exigible. Así lo dispone el artículo 2,373, al que nos referimos en otra oportunidad. En cuanto a la prescripción de la acción, nada dijo el legislador y por lo tanto ella prescribirá en diez años, de acuerdo con la regla general del artículo 2,515, plazo que se contará desde que el fiador hizo el pago, y si éste fué anticipado, desde el vencimiento del plazo de la obligación principal.

176. Contra quien puede entablarse.—Lo corriente es que exista un solo deudor y un solo fiador, entonces sólo contra aquél po-

drá éste intentar la acción de reembolso. Si se trata de una obligación conjunta y el fiador afianza a todos los deudores, aplicando las reglas generales tenemos que decidir que la acción podrá invocarla contra cada uno de ellos, pero limitada a la cuota que les corresponda en la deuda; si se afianza a uno, como únicamente han podido cobrarle la cuota de su deudor, sólo podría dirigirse contra éste por la cuota pagada. Finalmente, si la obligación es solidaria, el artículo 2,372 distingue según que el fiador haya afianzado a la totalidad de los deudores o solo a uno de ellos. En el primer caso puede deducirla por el total contra cualquiera. En el segundo sólo puede repetir por el todo contra el deudor afianzado; y después de sentar estas reglas la disposición citada agrega: "y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado".

En nuestro concepto, de los términos empleados por el legislador se deduce que lisa y llanamente el fiador no goza de la acción de reembolso contra los deudores a quienes no ha afianzado. En efecto, la palabra "sino" así lo da a entender. Ella significa que respecto a éstos únicamente conserva la acción subrogatoria. Y si se vió en la necesidad de decirlo, fué precisamente porque privando al fiador de la acción de reembolso contra los deudores no afianzados, temió el legislador que se pudiera estimar que también le quitaba la acción subrogatoria. Por lo demás, la interpretación que damos al artículo encuadra perfectamente con los principios que gobiernan la acción de reembolso, porque, como vimos, ella se funda en la idea del mandato o de la gestión de negocios que existe entre fiador y deudor, según que la fianza se haya otorgado con o sin el consentimiento de este último. Tanto es así, que en el Derecho Romano la acción de reembolso no era algo distinto de la "actio mandati contraria" y de la "actio negotiurum gestorum contraria" que podían invocar el mandatario o el agente oficioso. Ahora bien, no puede decirse que el fiador, con respecto al deudor que no ha afianzado sea mandatario ni agente oficioso; en consecuencia es perfectamente lógico que no goce de la acción de reembolso respecto a él (286).

Sentado que el artículo 2,372 no hace en su última parte sino dejar a salvo al fiador la acción subrogatoria contra los deudores solidarios a quienes no ha afianzado, llama la atención que diga que tiene

(286) Pescio no es de nuestra opinión. Así se deduce de varios pasajes de su obra, como por ejemplo del N.º 519, pág. 309.

cidirlo así: si el acreedor en este caso no habría podido perseguir al deudor, tampoco podrá hacerlo el fiador quien sólo está ejercitando los derechos que a aquél le correspondían.

182. Derechos en que se subroga él fiador.—El legislador, en el Título de la fianza no ha reglamentado los efectos de la acción subrogatoria, de ahí entonces que éstos serán los que indica el artículo 1,612. En consecuencia el crédito pasa a manos del fiador con los mismos privilegios y garantías con que existía en el patrimonio del acreedor, comprendiendo aún los derechos que éste haya adquirido con posterioridad a la constitución de la fianza. Pero, en todo caso, la acción subrogatoria comprende únicamente el monto de lo que el fiador pagó al acreedor y nada más. Mediante ella, no pueden demandarse los gastos en que haya incurrido el fiador, ni la indemnización de perjuicios, ni intereses si el crédito del acreedor no los devengaba. Como puede verse, es una acción más restringida que la acción de reembolso.

En caso que el pago hecho por el fiador fuere parcial, la subrogación también sería parcial, y de acuerdo con el artículo 1,612 el acreedor gozaría de preferencia sobre el fiador para pagarse del saldo insoluto. Esta preferencia adquiere toda su importancia en caso de insolvencia del deudor.

183. Contra quien puede dirigirse la acción subrogatoria.—Aplicando la regla general consignada en el artículo 1,612, el fiador puede dirigir la acción subrogatoria contra el deudor principal, contra los codeudores solidarios y contra los cofiadores. El primer caso no presenta dificultad, A la persecución de los cofiadores nos referiremos más adelante al comentar el artículo 2,378. Detengámonos entonces en el caso de los deudores solidarios.

Si el fiador ha afianzado a todos los deudores solidarios, es incuso que pueda entablar la acción subrogatoria por el total contra cada uno de ellos. Si sólo ha afianzado a uno, podrá también contra éste demandar el total; pero de los otros únicamente puede exigir la cuota o parte que en la deuda les corresponda. Esta solución resulta de relacionar la parte final del artículo 2,372, entendido en la forma que indicamos en el N.º 176, con el artículo 1,522 (288).

(288) Pescio, o. c., N.º 519, pág. 310, cree que el fiador podría demandar el total aún de los deudores no afianzados.

184. ¿Desde cuando comienza a contarse el plazo de prescripción de la acción subrogatoria?—La Corte de Apelaciones de La Serena ha declarado que el plazo de prescripción de la acción subrogatoria del fiador en los derechos del acreedor se cuenta desde que el fiador haya hecho el pago. Se fundó para ello en que con anterioridad el fiador no tenía el carácter de acreedor (289). Consideramos que este modo de pensar, que la Corte Suprema ha acogido también en casos semejantes (290), no se ajusta a los sanos principios jurídicos. Sabido es que, mediante la subrogación, el crédito pasa al subrogante en las mismas condiciones en que se encontraba en manos del acreedor. Por eso, para explicar su mecanismo se ha recurrido al símil de decir que es lo mismo que si de dentro de una armadura de hierro saliera el acreedor y entrara el subrogante; para indicar con ello que el crédito no sufre variación de ninguna especie por la subrogación que se opera. Luego entonces, respecto a la prescripción del crédito, la subrogación no tiene ninguna influencia y continúa corriendo a pesar de ella. La solución contraria dada por la Corte vulnera en su esencia los principios que informan la subrogación, y en ciertos casos puede perjudicar al deudor y terceros, sin que éstos hayan tenido participación alguna en la subrogación producida. Así por ejemplo, supóngase que el crédito del acreedor es hipotecario y que sobre la propiedad hipotecada se ha constituido además un segundo gravamen. Si se resuelve que la acción subrogatoria empieza a prescribir sólo desde que el fiador hace el pago, puede resultar perjudicado el segundo acreedor hipotecario, ya que si la prescripción se hubiere comenzado a contar desde que el crédito se hizo exigible en manos del acreedor subrogado éste podría haber prescrito, y con ello su segunda hipoteca pasaba a ser

(289) Sentencia de 17 de noviembre de 1874, Gaceta de los Tribunales de 1874, sentencia N.º 2804, pág. 1349.

(290) El comprador de un inmueble paga a los acreedores a quienes el inmueble estaba hipotecado. Con posterioridad se entabla contra el adquirente acción reivindicatoria y es vencido en el juicio. La Corte en sentencia de 26 de octubre de 1931, Gaceta de los Tribunales de 1931, 2.º semestre, sentencia N.º 37, pág. 199, resolvió que el plazo de prescripción de la acción subrogatoria que al comprador le confiere el N.º 2.º del artículo 1,610, se comenzaba a contar desde la fecha de la sentencia que lo desposea del inmueble, y no desde el momento en que la obligación se había hecho exigible estando el crédito en manos del primitivo acreedor. La cuestión tenía mucha importancia porque si la prescripción se contaba desde esta última fecha los créditos estaban prescritos.



## SECCION TERCERA

## EFECTOS ENTRE LOS COFIADORES

187. El fiador que paga más de lo que le corresponde tiene acción contra los otros fiadores para que le restituyan el exceso.—El artículo 2,378 establece que el fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, queda subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores. El Código francés, en el artículo 2,033 en iguales circunstancias también otorga acciones al fiador, pero sin establecer su naturaleza. Esto ha motivado que los autores estimen que se trata de una acción personal, y no de la acción subrogatoria (293).

188. Requisitos para que el cofiador se subroge en los derechos del acreedor.—Para que el fiador que paga más de lo que le corresponde pueda entablar contra los demás fiadores la acción subrogatoria es necesario que concurran los siguientes requisitos: que existan varios fiadores de una misma deuda y del mismo deudor; luego si lo fueren de distintas deudas o de diversos deudores no procedería la acción; que el fiador haya pagado más de lo que le correspondía en la deuda, y lo que se dice del pago debe entenderse también de los otros medios de extinguir las obligaciones; que equivalen a él, tales como la compensación, la dación en pago y la novación, por las razones que vimos al hablar de esta misma acción que el fiador puede deducir contra el deudor principal; y finalmente, que el pago haya sido útil, esto es, que haya extinguido la obligación, ya que si ésta subsiste el acreedor podría todavía perseguir a los fiadores.

189. Por la acción subrogatoria el fiador sólo puede demandar de los otros la cuota que a éstos les corresponda en la deuda.—Cualquiera que sea la manera como se hayan obligado los cofiadores, el fiador que paga más allá de lo que le corresponde, únicamente puede demandar de cada uno de los otros la parte o cuota que a estos les corresponda en el exceso pagado, y no su totalidad.

(293) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 264, pág. 270. Baudry-Lacantinerie, o. c., N.º 1129, pág. 545.

Quizás pudiera pensarse que si entre los fiadores se hubiere estipulado solidaridad se podría repetir por el total, ya que también por el total podía demandarlos el acreedor subrogado. Pero no es así, porque no hay que olvidar que los fiadores, aunque con el carácter de subsidiarios, son deudores y en consecuencia cabe aplicarles el artículo 1,522. Por lo demás, la solución contraria tendría el inconveniente de que se produciría lo que los autores llaman el circuito de acciones, y que es precisamente lo que el legislador quiere evitar en el citado artículo 1,522. Porque si pudiera demandar el total de cada fiador, el que fuese condenado a ello repetiría a su vez por el todo contra los otros, y sería cuestión de nunca terminar.

Si alguno de los fiadores es insolvente, según el artículo 2,367, a que nos referimos en otra oportunidad, su insolvencia grava a los otros, sea que entre los fiadores exista o no solidaridad. Pero no se entiende que está insolvente aquél cuyo subfiador no lo está. Idea que también se expresa en el artículo 2,380, al decir: "El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores".

El fiador no podría entablar la acción subrogatoria contra aquellos cofiadores a quienes el acreedor hubiere exonerado de su obligación, porque si el acreedor no puede demandarlos, tampoco podrá hacerlo el fiador, que está ejercitando las acciones que a aquél le correspondían. Pero, en este caso, el fiador podría ejercitar contra el acreedor el derecho que le concede el artículo 2,355, esto es, pedir que le rebaje de la demanda todo lo que habría obtenido mediante la subrogación contra el fiador exonerado, al no haber mediado el acto del acreedor que lo libertó de su obligación (294).

190. Fuera de la acción subrogatoria ¿tiene el fiador que paga más de lo que le corresponde una acción personal?—Nada dice el legislador si el fiador que paga más allá de su cuota goza, además de la acción subrogatoria, de alguna acción personal para exigir de los otros fiadores la restitución del exceso pagado. Pero ello es evidente, y la acción nacerá de las relaciones jurídicas que existan entre los cofiadores. Así si entre ellos se ha pactado solidaridad, existe un verdadero mandato, y podría entonces deducir las acciones que ema-

(294) Ver supra N.º 148 a 156.

De lo expuesto resulta que en la extinción de la fianza operan los distintos modos de extinguir las obligaciones, ya sea directamente, o bien de una manera indirecta cuando ellos extinguen la obligación principal. Analicémoslos entonces en los dos aspectos indicados.

193. El pago.—Si la obligación principal se extingue por el pago o solución efectiva, también expira la fianza, pero siempre que él sea hecho por el deudor, ya que si el pago lo hace un tercero y se produce la subrogación, entonces la fianza subsiste garantizando el crédito en manos del subrogante.

El pago por consignación que extingue la obligación principal, trae también consigo la extinción de la fianza. Pero, si el deudor hace la consignación y la retira antes que el acreedor la acepte, o que el pago se declare suficiente por sentencia judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1,606 subsiste la fianza. Producidos estos hechos el deudor puede aún retirar la consignación con la venia del acreedor, pero en este caso la fianza queda extinguida, porque como dice el artículo 1,607, la obligación se mira del todo nueva. En realidad es un caso de novación legal.

El pago que hace el fiador al acreedor, también extingue la fianza y da nacimiento a las relaciones que se siguen entre el fiador y el deudor como consecuencia de las acciones que el legislador otorga al fiador para que obtenga del deudor la restitución de lo pagado.

Tratándose de una fianza limitada se presenta el problema de saber a qué parte de la deuda se imputa el pago parcial que hace el deudor, si a la afianzada o a la no garantizada. Así por ejemplo, si en un mutuo de \$ 10,000, el fiador garantiza el pago de \$ 5,000, y el deudor, aceptándolo el acreedor, paga esta misma suma. ¿Queda por esto libre el fiador? El Código no formula reglas que permitan solucionar la cuestión, la que por lo tanto debe resolverse aplicando los principios generales del derecho (295). En conformidad a estos principios antes que nada deberá estarse a los que las partes hayan acordado, y a falta de estipulación, parece lógico decidir que el pago debe imputarse a la parte no afianzada. A esta solución se llega interpretando la voluntad de los

(295) Decimos que el Código no contempla este caso, porque las reglas que da en los artículos 1,595 y siguientes no son aplicables, dado que ellas se refieren a la imputación del pago cuando entre acreedor y deudor existen varias obligaciones, y en la especie que nos ocupa existe una sola.

contratantes y sobre todo la del acreedor: ya que si éste exige al deudor una fianza limitada es porque confía que sus medios económicos le permitirán pagar una parte, pero no el total de la deuda (296).

194. La dación en pago.—Extinguida la obligación principal por dación en pago, esto es, cuando el acreedor recibe en pago de su crédito una cosa distinta de la debida, igual suerte corre la fianza.

Puede acontecer que el acreedor sea evicto en la cosa que ha recibido en pago, es decir, que se vea privado de su dominio por sentencia judicial. Ello sucederá por ejemplo, si la cosa con que pagó el deudor no le pertenecía. Pues bien, en este caso no obstante la evicción, no revive la responsabilidad del fiador, sino que la fianza queda irrevocablemente extinguida al producirse la dación en pago. Así lo establece el artículo 2,382. La mayoría de los autores explican esta disposición por la naturaleza jurídica que atribuyen a la dación en pago que la consideran como una novación por cambio de objeto, en la cual la segunda obligación tiene una existencia efímera: se extingue inmediatamente después de nacer. Baudry Lacantinerie, refiriéndose al artículo 2,038 del Código francés que corresponde al 2,381 del Código nuestro, dice: "No es sino una aplicación particular del principio consagrado por el inciso 2.º del artículo 1,281 (1,645 nuestro): la novación operada con respecto al deudor principal libera a los fiadores. La datio in solutum contiene en efecto una novación implícita, pues antes de realizarse tiene necesariamente que ser convenida" (297).

La justificación que se da a la regla del artículo 2,083, es si se quiere bastante jurídica, pero no fué la que tuvo en vista don Andrés Bello al establecerla. El se inspiró en las ideas de Pothier, según se desprende de la nota puesta al margen del artículo 2,547 del Proyecto de 1,853. En la referencia que hace Bello de este autor se lee lo siguiente: "El fiador no debe sufrir perjuicios del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor por este arreglo ha quitado el medio al fiador de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable" (298). Como puede verse, Pothier

(296) Pescio; o. c., N.º 103, pág. 81.

(297) O. c., N.º 1148, pág. 551.

(298) O. c., tomo II, pág. 407.

El relevo de la fianza, en todo ó en parte concedida por el acreedor, que el artículo 2,381 señala como modo especial de extinción de la fianza, cuando el acreedor no está obligado a ello, es en realidad una verdadera remisión, pero no una donación, a menos que el deudor esté insolvente, como lo dispone el artículo 1,397.

198. La confusión.—La confusión de las calidades de acreedor y de deudor en una misma persona extingue la obligación principal, y, como consecuencia, también la fianza. Pero hay casos en que por este medio sólo se extingue la fianza dejando subsistente la obligación garantizada. Ello acontece cuando se confunden las calidades de acreedor y de fiador, o de deudor y fiador; pero como dice el artículo 2,383, en este último caso si hay un subfiador su obligación no se extingue, sino que subsiste.

199. La imposibilidad en la ejecución o pérdida de la cosa que se debe.—Si la pérdida de la cosa debida se produce por caso fortuito se extingue la obligación a fianza y con ello también la fianza. Por el contrario, si la pérdida es culpable o se produce durante la mora del deudor no cesa la responsabilidad del fiador, sino que éste se obliga garantizando la obligación de pagar el precio de la cosa y de indemnizar los perjuicios que pesa sobre el deudor. El fiador en este caso no se libera, porque no hay novación, pues, como dice el artículo 1,672 la obligación subsiste y sólo varía de objeto: el precio y la indemnización entran a reemplazar a la cosa debida, produciéndose en consecuencia una especie de subrogación real.

La obligación del fiador en sí misma no puede extinguirse por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad en la ejecución, porque este es un modo de extinguir las obligaciones que sólo se aplica a las de especie o cuerpo cierto, carácter del que no participa la obligación del fiador que por consistir siempre en pagar una cantidad de dinero, es de género.

200. La transacción.—La transacción que se celebra entre acreedor y deudor repercute en el fiador para beneficiarlo, pero no para perjudicarlo. Por eso es que si mediante la transacción se extingue la obligación principal también expira la fianza. Pero en ningún caso por las estipulaciones contenidas en la transacción puede agravarse la respon-

sabilidad del fiador. A ello se opondría el principio consignado en el artículo 2,347 según el cual la fianza no se extiende más allá de lo estipulado.

También la fianza puede extinguirse directamente cuando la transacción se celebra entre acreedor y fiador. Pero si mediante ella a éste le ha sido posible extinguir la obligación en términos menos gravosos que los estipulados, sólo puede repetir contra el deudor por lo realmente pagado y no por el monto primitivo de la obligación. Se llega a esta conclusión, tanto por aplicar por analogía lo que en caso semejante el artículo 2,374 dispone para la remisión, cuando porque la acción de reembolso no puede ser fuente de lucro para el fiador.

201. El evento de la condición resolutoria.—Extinguida la obligación principal porque se cumple la condición resolutoria, la misma suerte corre la fianza; pero nada obsta para que la condición resolutoria solo actúe en la obligación del fiador, dejando subsistente la obligación del deudor, ya que en conformidad al artículo 2,340 la fianza puede sujetarse a modalidades.

202. El término extintivo.—Respecto al término extintivo rigen las mismas reglas que en el evento de la condición resolutoria, y en consecuencia, él puede actuar indirectamente en la extinción de la fianza cuando se extingue la obligación principal, o directamente, cuando el plazo se ha estipulado en la fianza.

203. La resciliación o extinción por mutuo consentimiento.—Las partes, con su voluntad soberana pueden dejar sin efecto la obligación principal, lo que trae consigo la extinción de la fianza. Pero este modo de extinguir también puede sólo afectar a la fianza y dejar subsistente la obligación a fianza, es el caso del relevo de la fianza consentida por el acreedor, a que se refiere el artículo 2,381.

204. La nulidad.—Por regla general la declaración de nulidad de la obligación principal acarrea la extinción de la fianza, salvo que la causal que la produzca sea la incapacidad relativa del deudor. En este caso subsiste la fianza, porque en conformidad al número primero del artículo 1,470 los actos de los relativamente incapaces producen obli-

gaciones naturales, y esta clase de obligaciones, como lo dice el artículo 2,338, son susceptibles de ser afianzadas (302).

Si la nulidad sólo afecta al vínculo jurídico que une al acreedor y al fiador, se extingue la fianza, pero subsiste la obligación principal.

205. **La prescripción.**—La obligación del fiador, prescribe cuando también prescribe la obligación que garantiza. Es este el principio que sienta el artículo 2,516 en los siguientes términos: “La acción hipotecaria, y demás que proceden de una obligación accesoria prescriben junto con la obligación a que acceden”.

Como dijimos en otra oportunidad, la prescripción no es una manera por la cual pueda extinguirse independientemente la obligación del fiador. Ciertamente que el artículo 2,381 dice que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones —de donde podría deducirse que la prescripción puede operar sobre la fianza aisladamente—, pero el mismo artículo agrega: “según las reglas generales”, y esta regla en materia de prescripción es la indicada en el citado artículo 2,516, según el cual como acabamos de ver las obligaciones accesorias prescriben conjuntamente con las obligaciones que garantizan (303).

206. **Consideraciones finales sobre la extinción de la fianza.**—Después de estudiar las distintas maneras como se extingue la fianza, vale la pena hacer algunas consideraciones generales a modo de resumen, y para destacar los principios directrices que rigen sobre el particular.

En primer término tenemos que la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la fianza, salvo que aquella se extinga por la declaración de nulidad producida por la incapacidad relativa del deudor. En seguida los distintos modos de extinguir las obligaciones pueden también actuar directamente sobre la obligación del fiador, con excepción de la novación por cambio de acreedor y de objeto, de la pérdida de la cosa que se debe o imposibilidad en la ejecución, y de la prescripción.

(302) Ver supra N.º 113, donde también estudiamos la situación que al respecto rige en el Código francés.

(303) Ver supra N.º 161, donde analizamos con mayor detenimiento este punto.

A diferencia de lo que pasa con la obligación principal, la extinción de la fianza deja en muchos casos subsistente aquella obligación. Por ejemplo, si la fianza en sí misma se extingue por nulidad, evento de la condición resolutoria, novación por cambio de deudor, término extintivo, mutuo consentimiento o confusión.

La más de las veces la extinción de la obligación significa al fiador un sacrificio económico. Pues bien, en estos casos a virtud de que el fiador no es el deudor directo, puede repetir contra éste lo pagado ya sea mediante la acción de reembolso, o bien ejercitando los derechos del acreedor en los cuales el legislador lo subroga.

Finalmente, encontramos en la fianza un modo de extinción sui generis, no aplicable a otras obligaciones: es el que contempla el número segundo del artículo 2,381, según el cual ella se extingue en todo o en parte cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho a subrogarse (304).

(304) Ver supra N.º 148 a. 156.

se funda en la equidad, y no en la novación, para decidir que la evicción de la cosa recibida en pago por el acreedor no perjudica al fiador.

El carácter excepcional del artículo 2,083, hace que la doctrina lo aplique restrictivamente, resolviendo que él no tiene aplicación: si la dación en pago no ha sido voluntaria, como por ejemplo cuando el acreedor a falta de postores admisibles se adjudica en pago el inmueble hipotecado a su favor; si el origen de la dación en pago arranca del contrato, por haberse estipulado en él que el deudor podría pagar con una cosa distinta de la debida; si el acreedor al aceptar que se extinga la obligación con un objeto diverso al que reza el contrato, hace reserva de sus derechos, y, finalmente, cuando la obligación es solidaria. (299).

Estimamos que, los autores al decidir que el artículo 2,382 no se aplica a los deudores solidarios no respetan el fundamento que dan a esa disposición. Porque si la dación en pago no es según ellos sino una novación por cambio de objeto ¿acaso el legislador no nos dice reiteradamente en los artículos 1,519 y 1,645 que la novación operada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios liberta a los demás deudores? (300).

La obligación del fiador también puede extinguirse directamente por la dación en pago, cuando éste pague al acreedor, no con dinero, sino con otra especie. Con ello no se violaría la exigencia contenida en el artículo 2,343 de que la obligación del fiador siempre debe consistir en pagar una cantidad de dinero, porque ella se refiere a la estipulación del contrato, a la obligación en sí misma, pero no a la manera de extinguirla. Es la misma situación que se presenta en la compraventa donde el precio también debe ser en dinero, pero que no deja de ser tal el contrato, si el comprador extingue su obligación no con dinero, sino con una cosa distinta.

195. La novación.—El efecto propio de la novación es extinguir la obligación conjuntamente con sus accesorios y garantías. Por eso

(299) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1149 a 1152, págs. 552 y 553. Laurent, o. c., tomo XXVII, N.º 279 a 183, págs. 282 a 284. Planiol y Ripert, o. c., tomo XI, N.º 1549, pág. 908.

(300) La dificultad que proponemos se subsanaría explicando el artículo 2,382 no por la novación, sino por las razones que daba Pothier y que transcribimos en el texto. Sobre este punto puede verse a Alberro Marurana Z., "De la dación en pago", Memoria, 1935, págs. 49 y siguientes, quien estudia con precisión y detalle el fundamento del citado artículo rechazando que se explique por la idea de la novación.

si la obligación principal se extingue por la novación, igual suerte corre la fianza. Así lo establece el artículo 1,645.

La simple ampliación del plazo, si bien no constituye novación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1,649, pone fin a la responsabilidad de los fiadores. El Código francés, en su artículo 2,039, en igual caso declara subsistente la responsabilidad de los fiadores y se contenta con otorgarles ciertos derechos que pueden ejercitar contra el deudor, derechos que son muy semejantes a los que establece el artículo 2,369 de nuestro Código.

La obligación del fiador, en sí misma, también puede extinguirse por novación, siempre que esta se opere por cambio de deudor. Por el contrario, ello no es posible si se sustituye el acreedor, porque entonces resultaría que serían distintos el acreedor de la obligación principal y el de la fianza. Lo mismo acontece con la novación por cambio de la obligación; ella sería imposible por impedirlo la exigencia que la obligación del fiador siempre debe consistir en pagar una cantidad de dinero.

196. La compensación.—Extinguida la obligación principal por la compensación la misma suerte corre la fianza. A este respecto recordemos que el fiador puede oponer en compensación al acreedor lo que éste deba al deudor principal (301).

También la obligación del fiador puede extinguirse directamente por la compensación: cuando éste oponga al acreedor un crédito que tenga en su contra.

197. La remisión.—Si el acreedor remite o condona la obligación al deudor principal, la extinción de esta lleva consigo la extinción de la fianza. El mismo principio se sigue tratándose de la remisión forzada que se produce en el caso del convenio, pero como lo dice el artículo 161 de la Ley de Quiebras, siempre que el acreedor hubiere votado en favor de la aprobación del convenio.

La obligación del fiador también puede extinguirse directamente por la remisión. Pero en este caso, el fiador remitido no podría repetir contra el deudor, salvo como lo establece el artículo 2,374 que el acreedor le ceda su acción.

(301) Ver supra N.º 159.

nan de este contrato. En caso contrario, tendría la acción de in rem verso, que evita que los otros fiadores se beneficien indebidamente al extinguirse una deuda a la cual ellos también estaban obligados.

191. Excepciones que puede oponer el cofiador demandado.—De conformidad al artículo 2,379, el fiador demandado puede oponer a la demanda del cofiador que ha pagado en exceso, las excepciones reales, es decir, aquellas inherentes a la obligación misma, y las personales suyas; pero en cambio, no puede alegar las excepciones personales del deudor, ni tampoco las excepciones de esta misma naturaleza que correspondían al fiador que hizo el pago y de las cuales no quiso valerse contra el acreedor. Como se ve, es el mismo principio que inspira los artículos 1,520 y 2,354, y nos remitimos a lo dicho al comentar estas disposiciones.

## CAPITULO VI

### EXTINCION DE LA FIANZA

192. Nociones generales.—La fianza se extingue por vía principal o por vía accesoria. En el primer caso la extinción se produce no obstante subsistir la obligación garantizada y por los medios a que se refiere el artículo 2,381 en su inciso 1.º y en los números primero y segundo del inciso final. No es extraño que la fianza pueda extinguirse a pesar de que subsista la obligación que garantiza, porque a pesar de ser accesoria, es distinta de la obligación principal.

Como lo dice el inciso primero del citado artículo (2,381) por vía principal se extingue la fianza por los distintos modos de extinguir las obligaciones; y además y especialmente por los que contempla la misma disposición a saber: por el relevo de la fianza en todo o en parte, concedido por el acreedor, y cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho a subrogarse. El primer caso, en realidad, no es una forma que difiera de los modos generales de extinguir las obligaciones, porque, como veremos, él no es sino una modalidad de la remisión o de la reciliación. El segundo, si que es un modo de extinguir *suis generis* aplicable sólo a la fianza, y al cual nos referimos in extenso al estudiar la excepción de subrogación de que puede valerse el fiador contra el acreedor. Nos remitimos, pues a esa parte nuestro estudio.

La fianza se extingue por vía accesoria cuando igual suerte corre la obligación principal, pues por su esencia para subsistir necesita de la existencia de la obligación cuyo cumplimiento esté asegurando.

de primer grado. Por todas estas razones nos parece indiscutible que la prescripción de la acción subrogatoria se comienza a contar, no desde que el fiador hace el pago, como dijo la sentencia que criticamos, sino desde que el crédito se hizo exigible, aun cuando esto haya acontecido mientras pertenecía al acreedor. Los autores no se detienen a estudiar el problema, quizás porque no consideran que sea tal; pero argumentan sobre la base de la opinión que nosotros hemos sostenido. Así por ejemplo, Laurent, estudiando la conveniencia del ejercicio de la acción de reembolso sobre la subrogatoria, dice: "El fiador puede tener interés en entablar la acción personal, si la acción del acreedor hubiere prescrito, y ella prescribirá siempre antes que la acción de mandato o de gestión de negocios, porque ésta no nace sino desde el día en que el fiador ha pagado, y dura treinta años a partir desde el pago" (291).

185. **Diferencias entre la acción de subrogatoria y de reembolso. Ventajas que ofrecen una y otra.**—Entre la acción personal de la fianza y la acción subrogatoria hay diferencias, y en realidad no puede decirse en forma absoluta que convenga más al fiador deducir una u otra, porque ambas ofrecen ventajas según cual sea el punto de vista que se tome para apreciarlas. Así, será más ventajosa la acción subrogatoria cuando el crédito gozare de privilegio o tuviere una garantía, porque la acción de reembolso jamás es privilegiada y carece de cauciones. También es preferible la acción subrogatoria porque puede dirigirse contra los cofiadores, lo que no acontece con la acción personal. En cambio esta acción aventaja a la subrogatoria porque es más comprensiva, ya que con ella puede reclamarse lo que el fiador pagó al acreedor más los intereses, gastos y los otros perjuicios que la fianza le hubiere ocasionado, mientras que la subrogatoria comprende sólo lo que el fiador pagó al acreedor. También ofrece ventajas la acción de reembolso en caso de pago parcial, porque el fiador concurre con el acreedor en un mismo pie de igualdad respecto del saldo insoluto y en la subrogatoria, conforme al artículo 1,612, el acreedor goza de preferencia sobre el fiador para pagarse de dicho saldo. Finalmente, la acción personal es de más larga duración, porque su

(291) O. c., tomo XXVIII, N.º 243, pág. 255. Pescio, o. c., N.º 521, pág. 311, se expresa en términos semejantes a Laurent.

prescripción empieza a correr desde que el fiador hace el pago, en tanto que la prescripción de la acción subrogatoria se cuenta, según acabamos de ver desde que la obligación se hizo exigible en manos del acreedor primitivo. Por eso puede darse el caso de que esta última acción esté prescrita y el fiador sólo conserve la acción personal (292).

#### C. ACCIÓN DEL FIADOR CONTRA SU MANDANTE

186. **El fiador que afianza por orden de un tercero goza también de acción contra éste.**—Fuera de la acción que emana de la fianza y de las acciones del acreedor en que se subroga, el fiador puede también accionar contra el tercero por cuyo encargo constituyó la fianza. Al disponerlo así el artículo 2,371 no hace sino consagrar la acción que deriva del contrato de mandato, porque el tercero en este caso es un verdadero mandante del fiador.

Agrega el citado artículo que esta acción contra el mandante le corresponde al fiador "sin perjuicio de la que le compete contra el principal deudor". Lo que en otros términos significa que el legislador deja al arbitrio del fiador dirigirse contra el deudor o contra su mandante. Pero ello no quiere decir —como pudiera parecer a primera vista— que el fiador, no obstante haberse indemnizado con las acciones entabladas contra el deudor siempre pueda dirigirse contra el mandante. Si así fuere, habría para el fiador un enriquecimiento sin causa ya que recibiría doble indemnización. En el caso contrario, esto es, si el fiador sale indemne a virtud de lo que cobra al mandante, tampoco podría dirigirse contra el deudor; pero el mandante tendría acción de in rem verso contra el deudor para que le restituyera lo pagado al fiador. Esta conclusión se hace inamovible si se piensa que el verdadero interesado en la deuda, el que ha recibido el beneficio de la obligación afianzada es el deudor principal, y si se ve libre de la obligación por lo que el mandante pagó al fiador —quien a su vez había cancelado la deuda al acreedor— es lógico que se pueda repetir en su contra, porque de lo contrario se estaría enriqueciendo sin causa legítima.

(292) Pescio, o. c., N.º 521, pág. 310.

contra estos "las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado", tanto porque el deudor no tiene derechos ni acciones sino únicamente obligaciones, cuanto porque el deudor no ha podido adquirir acciones subrogándose al acreedor, ya que no ha hecho pago alguno, y la subrogación sólo se opera en favor del que paga al acreedor. Creemos que el legislador empleó la citada frase, aún a riesgo de incurrir en una impropiedad, para significar que el fiador no podía deducir la acción del acreedor en que se subroga por el total contra los otros deudores, sino únicamente al igual que cuando es el deudor solidario el que paga la deuda, por la parte que le quepa en ella, en conformidad a lo que establece el artículo 1,522. Es evidente que no otro puede ser el alcance de la expresión que comentamos. De no haberla empleado el legislador, se podría haber concluido, aplicando las reglas generales de la subrogación, que el fiador, al subrogarse en los derechos del acreedor, le era lícito demandar el total de cada uno de los deudores solidarios, tal como podía hacerlo el acreedor.

#### B. LA ACCIÓN SUBROGATORIA

177. Generalidades.—Salvo en el artículo 2,372 a que acabamos de referirnos, nuestro Código a diferencia del Código francés, no se refiere en el Título de la fianza a la acción subrogatoria que corresponde al fiador que paga la deuda, sino que ella está contemplada en el número tercero del artículo 1,610 que al decir que se opera la subrogación legal en favor del que paga una deuda a que se haya obligado subsidiariamente, se refiere precisamente al caso del fiador.

178. Requisitos necesarios para que el fiador goce de esta acción. Enumeración.—Para que el fiador pueda subrogarse en los derechos del acreedor, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º Que el fiador haya pagado al acreedor; 2.º Que este pago haya sido útil, y 3.º Que el legislador no prive al fiador de esta acción. Estudiemos cada uno de los requisitos en particular.

179. 1.º El fiador debe haber pagado al acreedor.—Respecto a este requisito, al igual que en la acción de reembolso, los autores estiman que procedería la subrogación no únicamente en el caso de pa-

go, sino también cuando el fiador hubiere extinguido la obligación por otros medios que le signifiquen algún sacrificio pecuniario; por ejemplo, por compensación, dación en pago, novación (287). Aceptamos esta opinión más que todo por razones de equidad, porque jurídicamente es discutible; ya que bien se puede sostener que por constituir la subrogación una anomalía, una excepción, sólo se puede aplicar donde la reglamenta el legislador, es decir, en el pago.

180. 2.º El pago debe haber sido útil.—Para que proceda la acción subrogatoria se requiere que el pago hecho por el deudor haya sido útil, entendiéndose por tal, aquel que ha extinguido la obligación. No lo dice expresamente el legislador, pero aplicamos por analogía lo que dispone con respecto a la acción de reembolso. Por lo demás, permitir que en estas circunstancias se subrogara el fiador al acreedor, traería graves perjuicios para el deudor, pues por no haberse extinguido la obligación el acreedor también conservaría su acción y bien podría entonces darse el caso que el deudor se viera obligado a pagar la deuda dos veces: al fiador y al acreedor.

181. 3.º El legislador no debe haber privado al fiador de la acción.—El legislador concede la acción subrogatoria con mucho más liberalidad que la acción de reembolso. En efecto, ella pueden invocarla el fiador simple y el solidario; y aun el fiador y codeudor solidario; sea que se trate de una fianza gratuita o remunerada; civil o mercantil; convencional, legal o judicial. Todavía más, puede hacer uso de ella el fiador que se obligó contra la voluntad del deudor.

Excepcionalmente el fiador no puede invocar la acción subrogatoria: cuando la obligación afianzada es natural, porque al carecer de acción el acreedor no tendría en qué subrogarse; y si el fiador paga, y por no comunicarlo al deudor éste cancela nuevamente la deuda, porque en este evento el artículo 2,377 dice que el fiador no tendrá recurso alguno contra el deudor, es decir, no podrá intentar la acción de reembolso, ni la acción subrogatoria.

Si el fiador paga anticipadamente, no podría de inmediato perseguir al deudor, sino que tendría que esperar que la obligación principal fuera exigible. Fuera del artículo 2,373 hay otra razón para de-

(287) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 242, pág. 254. Giorgi, "Teoría de las Obligaciones", tomo VII, N.º 231, pág. 260.



prende del inciso 2.º del artículo 1,522, que lo considera fiador con respecto de aquellos a quienes concierne el negocio para el cual se contrajo la obligación solidaria (283).

Sin embargo, excepcionalmente hay casos en que el fiador no tiene la acción de reembolso. Ya vimos uno de ellos al estudiar el artículo 2,377, que se pone en el caso en que el deudor por falta de aviso del fiador pagare de nuevo la deuda, y como sanción dice que el fiador no tendrá recurso alguno contra el deudor, con lo que evidentemente lo priva de la acción de reembolso.

Asimismo, de acuerdo con el número primero del artículo 2,375 no compete esta acción al fiador si la obligación afianzada es natural y ella no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo. Al negar en este caso la acción al fiador, sin duda el legislador ha sido consecuente con los principios, porque si el acreedor no podía demandar al deudor en razón de estar desprovisto de acción, no sería lógico ni equitativo que en cambio pudiera accionar en su contra el fiador, ya que la fianza en ningún caso puede perjudicar al deudor. Pero esta disposición nos lleva a otro punto: si el deudor reembolsa al fiador lo pagado por la obligación natural ¿tendría acción de repetición? Nada dice el legislador, pero la negativa no nos parece dudosa porque al fin de cuentas, aun cuando se trate de una obligación natural, el verdadero deudor es el deudor principal y no el fiador.

Por excepción, el fiador de una obligación natural goza de la acción de reembolso, si ella se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo, porque entonces pasa a tener el carácter de obligación civil.

Veamos ahora si el fiador que se obligó contra la voluntad del deudor puede invocar la acción de reembolso.

En el Código francés, existe un silencio absoluto respecto a este punto, y de ahí que las opiniones de los autores se hallen divididas. Algunos estiman que en este caso al fiador correspondería únicamente la acción subrogatoria (284). Otros, fuera de esta acción le conceden también la acción in renverso, porque ha extinguido la deuda y se ha

(283) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1108, pág. 535 no es de nuestra opinión. Estima que el deudor solidario en ningún caso puede invocar la acción de reembolso. Ver *suprá* N.º 79.

(284) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1104, pág. 534. Guillaouard y Hac citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2028, N.º 18.

beneficiado el deudor (285). Pero todos están acordes en negarle la acción de reembolso con la amplitud que la concede el artículo 2,370.

En nuestro Código la cuestión la soluciona expresamente el número segundo del artículo 2,375 que dice que no procede la acción del 2,370: "Cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor principal; salvo en cuanto se haya extinguido la deuda, y sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar según las reglas generales". Este artículo aparentemente niega la acción de reembolso al fiador que se obligó contra la voluntad del deudor y aparentemente también dicta una regla diversa a la del fiador que se obligó con el conocimiento o en la ignorancia del deudor. Mas en realidad ambos fiadores quedan colocados en la misma situación. La diferencia se reduce únicamente a que a éste por regla general se le da la acción y por excepción se le priva de ella; en cambio al que se obliga contra la voluntad de deudor es lo normal que le niege la acción y lo anormal que se la conceda. Pero en el fondo la situación es la misma. En efecto, para que el fiador que se obliga sin la oposición del deudor goce de la acción de reembolso, de acuerdo con el número tercero del artículo 2,375, es necesario que el pago hecho por él haya extinguido la deuda; y si el pago lo hace, el fiador que ha contratado la fianza contra la voluntad del deudor, y con él se extingue la deuda el número segundo del citado artículo también le concede la acción de reembolso. Vemos pues, que la diferencia de trato que el legislador da a ambos fiadores queda reducida a una mera cuestión de redacción del artículo; en el fondo la diferencia no existe.

Nuestro Código, al conceder la acción de reembolso al fiador que se obliga con la reticencia del deudor cuando ha extinguido la obligación, se contradice con lo que en casos semejantes dispone en los artículos 1,574 y 2,291. Porque en el primero, tratándose del pago que hace un tercero contra la voluntad del deudor, niega a aquel toda acción contra éste; y en el segundo, refiriéndose al que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, sólo da acción al gestor para repetir lo pagado y no más. Con el fiador que se obliga contra la voluntad del deudor, el legislador ha sido más benévolo, pues no sólo abandona el principio del artículo 1,574, sino que le otorga más derechos que los que da al gestor en el artículo 2,291,

(285) Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 236.

"tas, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor" (276): Pero de todas maneras el fundamento de esta acción debemos encontrarlo en el mandato o gestión de negocios que une al fiador con el deudor, según que la fianza sea conocida o no por éste (277).

170. **Cosas que comprende.**—La acción de reembolso comprende varias partidas, si así pudiéramos decir. En primer término el capital de la deuda; en seguida, los intereses de este capital y los intereses de ambas sumas pagadas por el fiador, los gastos en que hubiere incurrido con motivo de la fianza, y, finalmente, los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que el contrato hubiere irrogado al fiador. Como se ve la acción de reembolso no puede ser más amplia y comprensiva. El espíritu del legislador es que el fiador resulte completamente indemne de todo perjuicio. Esta aspiración aparecía más de manifiesto en el Proyecto de Código de 1853, donde el artículo 2,359 hablaba expresamente de la acción de perjuicios que tenía el fiador contra el deudor.

Analizando las distintas partidas que comprende la acción de reembolso, nada tenemos que agregar a lo dicho sobre la restitución que debe hacer el deudor del capital e intereses pagados por el fiador al acreedor. En cuanto a los intereses que sobre estas sumas tiene derecho a cobrar el fiador no puede decirse que esté exigiendo intereses de intereses y que exista anatocismo, porque como con mucha razón afirma la Corte de Apelaciones de La Serena, las sumas pagadas por el fiador al acreedor son capitales respecto de él (278). Además, es equitativo que los intereses a que tiene derecho el fiador sean sobre la totalidad de lo pagado al acreedor, es decir capital e intereses. Sería a todas luces injusto que el dinero con que el fiador pagó los intereses que se debían al acreedor no le produjese intereses a su vez, ya que el dinero empleado con este fin pudo invertirlo en cualquier negocio reproductivo.

Los intereses que el fiador puede cobrar son los intereses corrientes, y ellos corren de pleno derecho desde el momento del pago. En este caso no recibe aplicación el artículo 1,559 según el cual en las

(276) Pescio, o. c., N.º 479, pág. 292.

(277) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1078, pág. 521.

(278) Sentencia de 5 de agosto de 1869, Gaceta de los Tribunales de 1869, sentencia N.º 1836, pág. 778.

obligaciones de dinero los intereses se deben desde que el deudor está en mora, siendo ellos los legales a falta de estipulación (279). Y ello porque lo corriente es que la fianza se constituya no sólo con el conocimiento del deudor, sino por su iniciativa, y entonces entre él y el fiador existe un verdadero mandato; y, en conformidad al número cuarto del artículo 2,158, es obligación del mandante pagar al mandatario las anticipaciones de dinero que éste hubiere hecho con los intereses corrientes (280). Pero si la fianza se ha constituido ignorándolo el deudor, el argumento que emana del artículo 2,158 citado no sería tan decisivo, porque es discutible si el agente de negocios, papel que asumiría en este caso el fiador, tiene el derecho que contempla esa disposición (281). Sin embargo, habida consideración que el artículo 2,370 para conceder la acción de reembolso no distingue si el fiador se ha obligado con o sin el conocimiento del deudor, no vemos inconveniente para resolver que en este caso el fiador tiene también derecho a reclamar los intereses corrientes y que ellos corren de pleno derecho desde el momento del pago que hace el fiador.

También puede el fiador, mediante la acción de reembolso pedir la restitución de los gastos que le ha ocasionado la fianza. Estos gastos serán aquellos que el fiador ha debido cancelar al acreedor en conformidad al artículo 2,347 que ya estudiamos, y los que se originen en la demanda instaurada por el fiador contra el deudor. El reembolso de los indicados gastos debe hacerse con las limitaciones que establece el inciso final del artículo 2,370: siempre que ellos no sean considerados —lo que queda sometido a la apreciación del juez— y que no se hayan sufrido antes que el fiador notifique al deudor de la demanda que en su contra ha entablado el acreedor, porque el legislador presume que el deudor al tener conocimiento del juicio podría haber pagado y con ello se habrían evitado los gastos producidos.

Finalmente, la acción de reembolso comprende la indemnización según las reglas generales. Así lo dice el citado artículo 2,370 en su inciso 2.º. Ciertamente que la obligación del deudor de restituir al fiador lo

(279) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1080, pág. 522.

(280) La Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de 14 de agosto de 1923, Gaceta de los Tribunales de 1923, 2.º semestre, sentencia N.º 101, pág. 303, ha resuelto que el fiador que paga debe ser reembolsado con los intereses corrientes, y se funda para ello precisamente en el artículo 2,158.

(281) Duranton, Demolombe y Guilloard opinan que se aplica el agente oficioso. En cambio, Demante et Colmet de Santerre y Larombière estiman lo contrario. Citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 1,375, N.º 35 y 43.

que ella se cancelaba (272). En seguida, el fiador puede exigir al deudor que le caucione las resultas de la fianza, otorgándole por ejemplo una hipoteca, una prenda o también una fianza, que en este caso recibe el nombre de contrafianza (273). Por último, podría exigir del deudor que le consigne medios de pago, es decir que deposite judicialmente el dinero necesario para pagar al acreedor.

La redacción del artículo 2,369 no deja dudas en orden a que el fiador puede exigir cualquiera de las tres cosas a su arbitrio, sin que pueda elegir el deudor. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia (274).

164. Casos en que el fiador puede ejercitar los derechos que le confiere el artículo 2,369.—El mismo artículo 2,369 indica en forma taxativa los casos en que el fiador puede exigir del deudor que lo releve o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago. Veamos cuales son ellos:

1.º Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes. Producidos estos hechos el legislador ampara al fiador porque ve próxima la insolvencia y aún la quiebra del deudor. En este sentido, nuestro Código es superior al Código francés, que para conceder derechos semejantes al fiador exige que el deudor se encuentre en alguno de estos estados, con lo que es evidente que el remedio puede resultar tardío e ineficaz;

2.º Si el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de cierto plazo y éste se ha cumplido. Aplicación lisa y llana del principio consignado en el artículo 1,545 de que el contrato es ley para las partes;

3.º Si se ha cumplido la condición o vencido el plazo que haga exigible la obligación, pues desde ese momento el fiador queda en inminente peligro de que el acreedor se dirija en su contra. También en este punto nuestro Código es superior al Código francés, que en su ar-

(272) Sentencia de 26 de abril de 1916, Gaceta de los Tribunales de 1916, tomo I, sentencia N.º 121, pág. 390.

(273) La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 31 de octubre de 1879, Gaceta de los Tribunales de 1879, sentencia N.º 1712, pág. 1202, ha dicho que no es lo mismo contra fianza que subfianza, pues ésta se presta en favor del deudor y aquella en favor del fiador.

(274) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de marzo de 1863, Gaceta de los Tribunales de 1863, sentencia N.º 396, pág. 154.

título 2,032 solo se refiere al vencimiento del plazo, pero no al cumplimiento de la condición;

4.º Cuando hayan transcurrido más de cinco años desde el otorgamiento de la fianza, salvo que la obligación principal se haya contraído por un tiempo más largo o se hubiere dado para una obligación de duración indeterminada, como la de los tutores o curadores y usufructuarios. La disposición se justifica; pero con las limitaciones que contiene en la práctica resulta de escasa aplicación, ya que será raro encontrarse con una obligación que sin estar sometida a un plazo se haya constituido fianza para garantizarla. Cabe recalcar que, el término de 5 años se cuenta, como dice el artículo, desde que se otorga la fianza y no desde el nacimiento de la obligación que garantiza;

5.º Si existe temor fundado de que el deudor se fugue y no deje bienes raíces suficientes para el pago de la deuda. Si hay caso en que se justifica que el legislador ampare al fiador es precisamente éste, ya que producido el hecho que se teme es evidente que el fiador cargará en definitiva con el pago de la deuda. En esta disposición el Código vuelve a diferenciar los bienes raíces de los bienes muebles, diferencia que en el caso semejante del número tercero del artículo 2,348 había abandonado. De manera que si el deudor deja bienes muebles aunque sean cuantiosos, siempre el fiador podría hacer uso de los derechos que le otorga este artículo 2,369.

165. Fiadores que gozan de los derechos que otorga el artículo 2,369.—Trátase de una fianza civil o mercantil; legal, judicial o convencional; gratuita o remunerada, siempre el fiador puede hacer uso de los derechos que consagra el artículo 2,369. También puede invocar esta disposición el fiador solidario, y aún más el fiador y codeudor solidario, como lo dijimos al comentar el inciso 2.º del artículo 1,522. Este último, porque si bien en sus relaciones con el acreedor es deudor directo, con respecto a los codeudotes es un simple fiador por no tener interés en la deuda para cuya garantía se estipuló la solidaridad (275).

Si el fiador se ha obligado contra la voluntad del deudor con ello está manifestando su intención de correr todos los riesgos que la fian-

(275) Así también lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia de 16 de octubre de 1869, Gaceta de los Tribunales de 1869, sentencia N.º 2522, pág. 1082. Ver *suprá* N.º 79.

158. **Excepciones de dolo y violencia.**—El artículo 2,354 señala entre las excepciones reales el dolo y la violencia de que haya sido víctima el deudor. También explicamos, al hablar de la solidaridad, la diferencia que existe con respecto a estas excepciones entre el fiador y el deudor solidario. Porque mientras en la fianza son reales y puede alegarlas el fiador, en la solidaridad son personales y sólo puede invocarlas el deudor en el cual ha incidido el vicio del consentimiento. Nos remitimos, pues a lo dicho en aquella ocasión (268).

159. **Excepción de compensación.**—Con respecto a la excepción de compensación también hay diferencias entre la solidaridad y la fianza. El codeudor solidario, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1,520 e inciso final del artículo 1,657, no puede oponer en compensación el crédito que tenga otro de los codeudores solidarios contra el acreedor, salvo que le ceda su acción. Por el contrario, el fiador puede oponer en compensación a la demanda del acreedor el crédito que contra él tenga el deudor principal. Esta regla, que el Código francés la formula de una manera expresa en su artículo 1,294 en el nuestro hay que deducirla del inciso 2.º del artículo 1,657. En efecto, según este precepto el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador, de donde a contrario sensu se deduce que es lícito al fiador oponer al acreedor lo que éste deba al deudor (269).

El fiador solidario, se encuentra respecto a la excepción que estudiamos en la misma situación que el fiador simple. En consecuencia podría oponer al acreedor en compensación lo que éste deba al deudor principal (270).

160. **Excepción de prescripción.**—El fiador puede oponer al acreedor la prescripción, y ello aun cuando haya sido renunciada por el deudor principal, como lo dice el artículo 2,496, que no hace sino apli-

(268) Ver *suprá* N.º 70.

(269) Pescio, o. c., N.º 164, pág. 122.

(270) Esta solución no es sino una de las tantas consecuencias que se derivan de considerar al fiador solidario aún en sus relaciones con el acreedor, como fiador y no como deudor, tal como lo dijimos en el N.º 119. Ver además Baudry-Lacantinerie, o. c., N.º 1157, pág. 553 y Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 299 y nota 16 a esa página.

car al principio según el cual la renuncia de un derecho es de efectos relativos y no empecé sino al que la hace.

En conformidad al artículo 2,516, las acciones que emanan de la fianza prescriben conjuntamente con la obligación a que accede en razón del carácter accesorio que tiene la obligación del fiador. Por consiguiente, no puede señalarse un plazo fijo de prescripción: él será variable, de meses o de años, según sea el tiempo en que prescriba la obligación principal.

Si la fianza, se ha constituido cuando la obligación aun no prescribe, y después se produce este evento, como la obligación principal pasa a ser natural la misma suerte corre la fianza. Este hecho no le impediría al fiador alegar la prescripción; eso sí que si pagare no podría repetir lo pagado. Distinta es la situación si la fianza se constituye cuando la obligación principal tiene ya el carácter de natural a consecuencia de haber prescrito, pues entonces la fianza es una obligación civil y el fiador no podría alegar la prescripción.

161. **La interrupción de la prescripción producida en el deudor o en el fiador ¿les afecta mutuamente?**—Saber si la interrupción de la prescripción que se opera en el deudor perjudica al fiador, y viceversa, es cuestión de dudosa solución en nuestro Código, y que se ha prestado a que se emitan diversas opiniones.

Veamos primeramente el caso de la interrupción que se opera en el deudor, y averiguemos si ella perjudica al fiador.

Algunos estiman que la interrupción de la prescripción producida en el deudor no afecta al fiador (271). La argumentación que hacen los sostenedores de esta doctrina puede sintetizarse en lo siguiente. Nuestro Código guardó silencio sobre este punto, a diferencia del Código francés, que en su artículo 2,250, da expresamente la solución contraria. Por consiguiente a falta de una disposición expresa, hay que resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales. Se sostiene además que los efectos de la interrupción son relativos; en seguida que la obligación del fiador es distinta de la obligación del deudor, y finalmente, que nada tiene de extraño que aquella obligación prescriba independientemente de ésta, porque el artículo 2,381 establece que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones,

(271) Ramón Meza Barros "De la interrupción de la prescripción extintiva civil". Memoria, 1936, N.º 184 y 188, págs. 83 y 84.

A diferencia del que hipoteca un inmueble propio en garantía de una deuda ajena, no puede invocar la excepción de subrogación el tercer poseedor del inmueble hipotecado (261). Si bien éste, cuando paga la deuda, se subroga también en los derechos del acreedor en los mismos términos del fiador, como dice la disposición recién citada, con respecto a él no concurren las razones que hacen extensible esta excepción al caso anterior, porque puede ser que el tercer poseedor se haya comprometido a pagar la deuda, lo que ocurre de ordinario, por ejemplo cuando el que adquiere el inmueble paga parte del precio reconociendo y haciéndose cargo de la hipoteca.

151. Requisitos para que el fiador pueda oponer la excepción de la subrogación. Enumeración.—Para que el fiador pueda oponer con éxito la excepción de subrogación, es necesario que concurren los tres siguientes requisitos: 1.º) Que la pérdida de las acciones en que el fiador se podía subrogar se deba a culpa o a hecho del acreedor; 2.º) Que estas acciones hayan existido en manos del acreedor al momento de constituirse la fianza, y 3.º) Que se trate de acciones útiles para el fiador.

152. 1.º La pérdida de las acciones debe producirse por hecho o culpa del acreedor.—La exigencia de que sea necesario para que proceda la excepción de subrogación que la pérdida de las acciones se deba a un hecho imputable al acreedor la contempla el artículo 2,381 en su N.º 1. La ley habla de hecho o culpa del acreedor con lo cual comprende tanto la culpa incommittendo —por ejemplo si cancela una hipoteca o remite una prenda—, como la culpa in omittendo o de inacción —por ejemplo si no inscribe una hipoteca dada por el deudor o si deja prescribir sus acciones.

Dentro de la culpa del acreedor debe comprenderse aquella en que incurre su mandatario, tanto porque por la ficción propia del mandato los actos ejecutados por este se presumen ejecutados por el mandante, cuanto porque el mandatario actúa por lo general bajo la vigilancia del mandante. Por el contrario, si la pérdida de las acciones se debe a un hecho de un tercero no recibiría aplicación la excepción de subrogación, porque el hecho de un tercero constituye caso fortuito

(261) Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 249. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 303, pág. 298, y tomo XXXI, N.º 267, pág. 239.

que libera de responsabilidad. Lo mismo debe resolverse si la pérdida de acciones se produce por culpa del fiador, en virtud del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa. Nos encontraríamos en este último caso, si por ejemplo, el deudor constituye hipoteca sobre bienes futuros, y el fiador sabiendo que aquel ha adquirido los inmuebles, no pone este hecho en conocimiento del acreedor para que se practique la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces que corresponda.

153. 2.º Las acciones deben haber existido en manos del acreedor al momento de constituirse la fianza.—La mayoría de los autores están contestes en que si las acciones que pierde el acreedor aun cuando sea por su culpa no existían al momento de constituirse la fianza, no podría el fiador invocar la excepción de subrogación. Fundamentan su decisión, en el que el fiador solo ha podido tener en vista para subrogarse las acciones existentes al momento de obligarse, y no las que aún no estaban en el patrimonio del acreedor (262). Baudry Lacantinerie, disintiendo de la opinión comúnmente aceptada, estima que se podría invocar esta excepción, aun cuando las acciones en que el fiador queda imposibilitado para subrogarse hubieran nacido con posterioridad a la celebración de la fianza (263). No estamos de acuerdo con esta manera de pensar. Ciertamente que, como dice este autor, el Código, refiriéndose al acreedor, habla de "sus acciones" sin distinguir; pero la distinción formulada en acciones que existan al momento de la fianza, y las que nazcan con posterioridad, no es caprichosa, sino que se basa en el espíritu que guía al legislador al conceder al fiador esta excepción.

Dado los términos amplios de que se vale el Código, es evidente que cualquier derecho en que el fiador no pueda subrogarse motivaría el nacimiento de la excepción que estudiamos. Y así se aplicará si el acreedor remite una prenda, como lo ha resuelto la Corte Suprema (264); si no inscribe o si cancela una hipoteca; si renuncia al derecho

(262) Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 245. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 308, pág. 308. Guillouard y Hue, citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2037, N.º 119.

(263) O. c., N.º 1179, pág. 565.

(264) Sentencia de 24 de septiembre de 1929, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 513.

rios deudores solidarios, y cada uno hubiere otorgado un fiador no gozarían entre ellos del beneficio de división, por no ser fiadores del mismo deudor. Otro tanto acontecería si los fiadores lo fueren de deudas distintas que existieren entre acreedor y deudor. Pero, como dijimos, tratándose de fiadores del mismo deudor y de la misma deuda, no es obstáculo para que se opere la división el hecho de que ellos se hubieren obligado separadamente, porque de esta sola circunstancia no puede colegirse la renuncia por parte de los fiadores a invocar este beneficio. En el Proyecto de Código de 1853, artículo 2,351, en este caso se negaba a los fiadores el beneficio de división. Por la razón antedicha, creemos que el legislador hizo bien en no mantener esa disposición.

147. **Efectos del beneficio de división.**—En virtud de lo dispuesto en el artículo 2,367, la división de la deuda entre los fiadores se efectúa por partes iguales. Este principio general recibe dos importantes excepciones. La primera contenida en el inciso final del mismo artículo, se presenta cuando un fiador inequívocamente ha limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada porque entonces no es responsable sino hasta concurrencia de dicha cuota o suma. Esta limitación de responsabilidad trae consigo una división de la deuda que no es por partes iguales, pues los fiadores que no han limitado su responsabilidad cargarán con una cuota mayor que el que la ha limitado. La segunda excepción la encontramos en el caso que alguno de los fiadores sea insolvente, pues el artículo 2,367 en su inciso 2.º estatuye que la insolvencia de éste grava a los otros. Jurídicamente, esta solución carece de explicación satisfactoria. El legislador, para ser consecuente con el carácter de conjunta que atribuye a la obligación de los cofiadores no debió gravar a éstos con la insolvencia de uno de ellos. Si lo hizo, fué por una razón histórica: se trata de un vestigio de la solidaridad que, como vimos, existió entre los fiadores en los primeros tiempos del Derecho Romano.

Por expresa disposición del legislador, no se entiende que el fiador es insolvente si existiendo un subfiador no se encuentra éste en el mismo estado. Asimismo tampoco puede considerarse insolvente al fiador cuya fianza es declarada nula. En este caso la pérdida de la cuota que a éste correspondía, deberá soportarla el acreedor.

### C. LA EXCEPCIÓN DE SUBROGACIÓN

148. **Definición y generalidades.**—La excepción de subrogación es otro de los medios de defensa de que dispone el fiador demandado. La contemplan el artículo 2,355 y el número segundo del artículo 2,381. Dice la primera de estas disposiciones que si “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 hubiere podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal”, y la segunda que se extingue la fianza en todo o en parte “en cuanto el acreedor, por el hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse”. No hay duda que habría bastado con una sola disposición para contener esta excepción, tal como lo hace el Código francés. Sin embargo por la forma como están redactados los dos artículos ellos se complementan, y de armonizarlos resultan los requisitos necesarios para que prospere esta excepción.

Veremos más adelante al estudiar los efectos que se siguen en la fianza entre el deudor y el fiador, que una vez que éste paga la deuda el artículo 1,610 en su número tercero lo subroga en los derechos del acreedor. Ahora bien, no olvida el legislador que la fianza es por regla general gratuita, y que si el fiador consiente en obligarse como tal, lo hace en la esperanza de que si se ve obligado a cancelar la deuda, mediante la subrogación en los derechos del acreedor se reembolsará de lo pagado. Y si el acreedor, por un acto suyo, lo priva de esta expectativa, es de manifiesta equidad que tenga que rebajar de su demanda todo lo que el fiador pudo obtener mediante la subrogación, y que llegado el caso éste se libere totalmente de responsabilidad.

La excepción que estudiamos viene del Derecho Romano; donde se denominaba “*exceptio cedendarum actionum*”, porque en esa legislación la subrogación no se operaba de pleno derecho en beneficio del fiador que pagaba, sino que éste podía exigir al acreedor que le cediera las acciones que tenía contra el deudor principal (252).

(252) Pescio, o. c., N.º 415, pág. 258.

tos; pero si el juicio lo pierde por una causa que no le fuere imputable, será el fiador quien en definitiva soporte los gastos ocasionados (245).

142. Casos en que pueden ser excutidos bienes de varias personas.—Lo común y corriente será que el fiador pueda señalar para la excusión bienes de una sola persona. Pero este principio tiene dos excepciones interesantes.

En primer lugar, tratándose del subfiador que es demandado por el acreedor, de acuerdo con el artículo 2,366 goza del beneficio de excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal. En este caso se presenta un triple orden de persecución por parte del acreedor: primero tendrá que demandar al deudor, después al fiador y por último al subfiador.

En seguida, si existen varios codeudores solidarios, pero sólo uno de ellos ha otorgado fianza, demandado el fiador de ese codeudor el artículo 2,362 le otorga el derecho para que sean excutidos no únicamente los bienes del deudor afianzado, sino también los de los otros. Esta solución la tomó Bello de Pothier, según se desprende de la nota puesta al margen del artículo 2,525 del Proyecto de 1853, que corresponde al actual artículo 2,362. Los justificativos que daba Pothier a su modo de pensar eran uno de equidad, hasta cierto punto atendible, y otro jurídico, evidentemente erróneo. Justificaba en equidad su doctrina argumentando que el fiador no era verdadero deudor, por lo que era equitativo que la deuda fuera pagada en lo posible por los verdaderos deudores que habían aprovechado del contrato, aun cuando ellos no hubieren constituido fianza. La razón jurídica consistía en que la fianza otorgada por uno de los deudores solidarios es en cierto modo fianza de los otros, ya que en la solidaridad hay unidad en la prestación (246). Pero en este razonamiento el ilustre jurisconsulto olvidó el principio de la pluralidad de vínculos que hay en la solidaridad y sobre el cual él mismo tanto insistía.

En el Código francés nada se dice si en el caso que nos ocupa pueden excutirse los bienes de los deudores solidarios no afianzados;

(245) Pescio, o. c., N.º 380, pág. 244.

(246) Pothier, o. c., tomo II, N.º 413, pág. 100, que es la misma nota citada por Bello.

pero los autores, en el silencio de la ley, repudian la solución de Pothier a que acabamos de referirnos (247).

Nuestro Código, en el artículo 2,362, al seguir el criterio del citado jurisconsulto, fué inconsecuente con respecto al principio establecido en el artículo 2,372, porque en esta disposición, refiriéndose a la acción de reembolso de que goza el fiador que ha pagado, sólo la concede contra el deudor solidario a quien se ha afianzado, y la niega contra los no afianzados. Como se ve, hay disparidad de criterio para resolver dos casos que debían tener una misma solución (248).

143. Efectos del beneficio de excusión.—Varios e interesantes son los efectos que produce el beneficio de excusión. En primer término, como es una excepción dilatoria, retarda, aunque puede ser sólo momentáneamente, la persecución al fiador. En seguida, conforme al artículo 2,365 opuesto el beneficio por el fiador, si el acreedor es omiso o negligente en la excusión y el deudor cae entretanto en insolvencia, no es responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado. De manera que si los bienes indicados alcanzaban para el pago total de la deuda, la liberación del fiador es absoluta; pero si ellos sólo eran suficientes para el pago de una parte de la deuda, a pesar de la negligencia del acreedor siempre queda responsable por el saldo, porque en este caso, aun cuando no hubiere habido negligencia de parte del acreedor, no se habría solventado la totalidad del crédito.

Los autores deciden que la prueba de la existencia de los bienes y de la negligencia del acreedor corresponde al fiador. Pero vimos que en cuanto a la prueba de esta última, la cuestión ofrece dudas, porque también puede aplicarse el artículo 1,547 y resolver entonces que es el acreedor quien debe probar que empleó la debida diligencia en perseguir al deudor, y que a pesar de ello nada obtuvo (249).

Si el acreedor tiene éxito en la persecución del deudor, quiere decir que otro efecto, aunque indirecto será que se extingue la obligación principal y con ello la fianza. Puede que los bienes señalados para

(247) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1036, pág. 504. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 216, pág. 226.

(248) Pescio, o. c., N.º 337, pág. 227.

(249) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1039, pág. 506, quien cita también la opinión de Guillaouard. Ver supra N.º 136.

deberá probarla? Pescio, (241) en una observación muy atinada, hace ver que los autores no han reparado en la dificultad que se presenta en este punto, ya que puede concluirse que el onus probandi recae tanto en el fiador como en el acreedor, según cual disposición legal se aplique. En efecto, si observamos que el fiador pretende que su obligación se ha extinguido porque el acreedor fué negligente en servirse de los medios de pago, en conformidad con el artículo 1,698 a él correspondería probar la negligencia. Pero de otra parte sería perfectamente aplicable al caso el inciso 3.º del artículo 1,547, según el cual la prueba de la diligencia o cuidado corresponde al que ha debido emplearla. Y entonces, el fiador nada tendría que probar, sino que al acreedor correspondería acreditar que fué diligente en servirse de los medios de pago de que disponía y que a pesar de ello no obtuvo la cancelación. Como puede verse la cuestión es dudosa y cualquiera opinión que se adopte al respecto tiene asidero legal.

Fuera del caso del artículo 2,365 a que acabamos de referirnos aunque la ley no lo diga expresamente, también estaría obligado el acreedor a practicar la excusión, aún sin que el fiador opusiere el beneficio, cuando así se hubiere pactado, a virtud del principio que el contrato es ley para las partes.

137. **Requisitos necesarios para que el fiador goce del beneficio de excusión. Enumeración.**—De acuerdo con el artículo 2,358, para que el fiador pueda oponer con éxito el beneficio de excusión es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.º) Que el fiador no esté privado de él; 2.º) Que lo oponga en tiempo oportuno, y 3.º) Que señale al acreedor los bienes del deudor principal. Los estudiaremos en el orden indicado.

138. 1.º **El fiador no debe estar privado de él.**—En otra parte de este trabajo (N.º 135), estudiamos en detalle que fiadores no podían oponer el beneficio de excusión. Para evitar repeticiones inútiles damos aquí por reproducido lo que dijimos en esa oportunidad.

139. 2.º **Debe oponerse en tiempo oportuno.**—El artículo 2,358 establece en su número quinto, que el beneficio de excusión debe

(241) O. c., N.º 334, pág. 225.

oponerse luego que sea requerido el fiador. Esta regla, un tanto vaga, vino a ser precisada por el Código de Procedimiento Civil que en su artículo 293 considera a este beneficio como una excepción dilatoria. Y éstas deben oponerse: en el juicio ordinario, conforme el artículo 295 del mismo Código, dentro del plazo de emplazamiento, que en este caso tiene el carácter de plazo fatal; y en el juicio ejecutivo, conjuntamente con las excepciones perentorias en el plazo de cuatro días, salvo las reglas especiales que indican los artículos 482 a 484 del citado cuerpo de leyes. Este término tiene también el carácter de fatal.

Excepcionalmente el beneficio de excusión puede oponerse con posterioridad, cuando el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiera, como dice el artículo 2,358 en su regla quinta. En este caso, la solicitud del fiador en que alega la excusión se tramita incidentalmente; y de acuerdo con el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, deberá promoverlo tan pronto como tenga conocimiento de que el deudor ha adquirido bienes, porque si en autos hay constancia de que el fiador estaba en antecedentes de este hecho, el incidente se rechaza de plano (242).

El beneficio de excusión no puede oponerse sino una vez. Pero, en cambio, la señalización de los bienes del deudor para ser excutados puede hacerse en más de una oportunidad cuando se trate de bienes que el deudor ha adquirido con posterioridad al momento en que alegó el beneficio. Así lo establece el artículo 2,363.

140. 3.º **El fiador debe indicar al acreedor los bienes del deudor principal.**—La exigencia de que para oponer con éxito el beneficio de excusión, deba el fiador indicar al acreedor los bienes del deudor principal, contemplada en el número sexto del artículo 2,358, es perfectamente lógica. Si pudiere alegarse la excusión sin cumplir con este requisito significaría una burla al acreedor y un mero expediente dilatorio empleado por el fiador, ya que la persecución que aquél emprendiere contra el deudor en estas condiciones las más de las veces resultaría inútil.

Para la excusión pueden señalarse toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, pero la señalización debe ser de tal manera precisa que permita al acreedor perseguir los bienes se-

(242) Pescio, o. c., N.º 348, pág. 232.



la naturaleza del vínculo que unía al fiador con el acreedor era forzoso resolver que no podía invocarse el privilegio en los bienes de aquél (231) y (232).

133. **Excepciones o medios de defensa que puede oponer el fiador al acreedor. Enumeración.**—Hasta el momento hemos visto la manera como el acreedor puede dirigirse contra el fiador. Nos corresponde ahora estudiar las defensas o excepciones que éste puede oponer. Ellas se reducen a cuatro: el beneficio de excusión, el beneficio de división, la excepción de subrogación, y las excepciones ya reales o personales. Analicémoslas en el orden indicado.

#### A. EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

134. **Definición y generalidades.**—El beneficio de excusión, característico de la fianza, está definido por el artículo 2,357 como aquel "en virtud del cual el fiador 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". Se le llama también beneficio de orden, porque mediante él se produce un orden de persecución: primero contra el deudor y después contra el fiador. Bello, en el artículo 2,521 del Proyecto de Código de 1853, contemplaba el beneficio de orden como algo distinto al de excusión. Pero por ser ambos una misma cosa, esa dualidad no prosperó en el Código que nos rige.

El beneficio de excusión que no existió en los primeros tiempos del Derecho Romano, sino que fué introducido en él por Justiniano, es hoy en día reconocido por todas las legislaciones. El legislador lo otorga por razón de equidad. No olvida que el fiador no es el principal deudor, que la mayoría de las veces se obliga en forma gratuita para hacer un servicio al deudor y que es lógico entonces que se persiga primero al deudor y al fiador sólo cuando aquél no pague.

(231) Ver supra N.º 56.

(232) Pescio, o. c., pág. N.º 117, pág. 90, para concluir que no puede invocarse privilegio contra el fiador, se basa que así sería menos gravosa que la obligación principal. Consideramos que la cuestión está mal planteada al referirla al aspecto de la gravosidad porque el hecho de que el crédito del acreedor goce de privilegio o no, en nada influye en la gravosidad de la obligación.

135. **Fiadores que no gozan de este beneficio.**—La regla general es que goce del beneficio de excusión todo fiador, sea gratuito o remunerado, se haya obligado con la voluntad del deudor o en su ignorancia, y sea que la obligación afianzada tenga el carácter de civil o de mercantil (233). Excepcionalmente, en los casos indicados en el artículo 2,358 y otros aceptados por la doctrina, el fiador no puede oponer este beneficio. Veamos cuales son ellos.

En conformidad con el número primero del citado artículo, no puede oponer el beneficio de excusión el fiador cuando lo ha renunciado expresamente. La posibilidad de renunciar a este beneficio habría existido aunque nada hubiera dicho el Código en el título de la fianza, pues ella se deduce de la regla general consignada en el artículo 12, según el cual son renunciables los derechos que miran al interés del renunciante y siempre que su renuncia no esté prohibida por la ley. Y es evidente que el beneficio de excusión mira al solo interés del fiador.

El Código se refiere únicamente a la renuncia expresa; pero se acepta por los autores la posibilidad de una renuncia tácita. La que existiría, por ejemplo, cuando el beneficio no se opusiere en tiempo oportuno (234).

Puede existir un subfiador que garantice la obligación del fiador. En este caso, si el fiador renuncia al beneficio de excusión, no se entiende por ello que también renuncia el subfiador. Así lo dice el artículo 2,360, con lo que no hace sino aplicar el principio de que las renunciaciones son relativas y sólo afectan a aquéllos que las hacen.

Tampoco puede invocar el beneficio de excusión el fiador que se ha obligado como codeudor solidario, de acuerdo con lo que establece el número segundo del citado artículo 2,358. Vimos que quien se obliga como fiador y codeudor solidario, en sus relaciones con el acreedor se rige por los principios de la solidaridad, y uno de éstos principios es el consignado en el artículo 1,514 que da derecho al acreedor para perseguir a cualquiera de los deudores solidarios. Es lógico entonces que el que se obliga en la forma indicada no goce del beneficio que nos ocupa. Pero, se ha fallado, que el fiador y codeudor solidario de un

(233) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 204, pág. 214, es de opinión que el fiador remunerado no debía gozar del beneficio de excusión.

(234) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1042, pág. 507.

fiador un derecho muy interesante: lo faculta una vez que la deuda sea exigible y aún cuando no haya sido reconvenido por el acreedor, para requerir a éste con el fin de que persiga al deudor; y si después de este requerimiento el acreedor se deja estar, no es responsable el fiador por la insolvencia sobrevinida al deudor durante el retardo. Este derecho, que no contempla el Código francés, es un verdadero beneficio de excusión anticipado, y tiene por objeto no responsabilizar al fiador por la negligencia del acreedor en perseguir al deudor.

Llegado, el caso, corresponderá al fiador acreditar que el acreedor no persiguió al deudor y que éste cayó en insolvencia, porque con estos hechos el fiador pretende que se ha extinguido su obligación, y de acuerdo con el artículo 1,698 corresponde probar la extinción de la obligación a aquél que la alega.

129. Una vez exigible la obligación, el acreedor puede perseguir al fiador.—Siendo exigible la obligación del deudor, puede el acreedor perseguir al fiador mediante la acción personal que emana de la fianza y que le permite ejercitar sobre su patrimonio el derecho de prenda general establecido en el artículo 2,465.

Con motivo de la exigibilidad de la obligación se presenta la cuestión de saber si afecta al fiador la caducidad del plazo que pueda producirse con respecto al deudor. La mayoría de los autores (220), y nuestra jurisprudencia (221), se inclinan por la negativa. Creemos que esta doctrina se conforma plenamente a los principios de derecho. El fiador contrae la obligación de pagar por el deudor en caso que éste no cumpliera en el plazo estipulado, pero no antes de su vencimiento. En seguida, los hechos que producen para el deudor la caducidad del plazo son personales suyos, y no sería equitativo que ellos hicieran más gravosa la obligación del fiador. Además, el inciso final del artículo 64 de la Ley de Quiebras confirma esta solución, al establecer que la exigibilidad de las obligaciones que se producen por la quiebra solo se refiere al fallido, salvo que éste fuere aceptante de una letra de cambio, librador de una letra no aceptada o suscriptor de un pagaré a la

(220) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1014, pág. 495. Pescio, o. c., N.º 289, pág. 206. Lyon Caen et Renault, citado por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,021, N.º 10. En contra, Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 213, pág. 226.

(221) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de mayo de 1864, sentencia N.º 874, pág. 326.

orden, pues entonces los demás obligados deberán pagar inmediatamente o rendir fianza de pagar al vencimiento.

Ocioso parece decir que la renuncia del plazo que haga el deudor no afecta al fiador, y que en consecuencia si se produce esta renuncia, el acreedor para demandar al fiador, tendrá que esperar el vencimiento del plazo.

130. Para que el acreedor pueda perseguir al fiador ¿es necesario que el deudor esté en mora?—Punto discutido por la doctrina es el de saber si es requisito esencial para que proceda la persecución del acreedor al fiador, que el deudor esté previamente constituido en mora. En nuestro concepto ello no es necesario porque jamás el legislador ha establecido esta exigencia, pues como dice el artículo 2,335, basta con que el deudor principal no haya cumplido para que sea responsable el fiador. En seguida la expresión "si el deudor principal no la cumple" que emplea este artículo, y que corresponde a la frase "el fiador se obliga frente al acreedor a pagar a falta del deudor" usada por el Código francés en su artículo 2,021, no puede tomarse en el sentido de exigir la mora del deudor para que al fiador le afecte responsabilidad, pues ella sólo tiene por objeto dejar de manifiesto el carácter de subsidiaria que tiene la fianza e indicar en gérmen el beneficio de excusión de que goza el fiador (222).

Tampoco puede sostenerse que sea necesaria la mora del deudor para que pueda demandarse al fiador, fundándose en que el artículo 2,347, al decir que la fianza se extiende a los accesorios de la deuda, señala como tal, las costas que se ocasionen por el primer requerimiento hecho al deudor, porque como dice Pescio, con ello no se impone la obligación de hacer el requerimiento, sino únicamente se establece que si él ha existido el fiador debe pagar las costas que ocasione.

131. La acción del acreedor puede ser ordinaria o ejecutiva. ¿Es título ejecutivo contra el fiador la sentencia dictada contra el deudor?—El acreedor puede dirigirse contra el fiador mediante el procedimiento ordinario o el ejecutivo según los casos. Seguirá este último procedimiento cuando disponga de un título que lleve apa-

(222) Aubry et Rau, o. c., tomo VI, pág. 225 y nota 6 a esa página. Pescio, o. c., N.º 294, pág. 210. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 203, pág. 212. En contra Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 1023, pág. 500.

cir "si el el fiador estuviere recargado de deudas", desde el momento que en toda la disposición se ha estado refiriendo al fiador y dando reglas para apreciar su solvencia. Lo curioso es que el cambio de la palabra no puede atribuirse a un error tipográfico, porque esa excepción que no figuraba en los primeros Proyectos del Código, aparece por primera vez en el Proyecto Inédito, en el artículo 2,515, que también dice "si el deudor". La única explicación, aunque poco satisfactoria que puede darse a la palabra deudor empleado por el Código es que el fiador, aunque subsidiario, es también deudor.

En conformidad al mismo artículo 2,350, excepcionalmente para calificar la solvencia del fiador, pueden tomarse en cuenta no únicamente los bienes raíces sino también los muebles, en materia comercial, es decir, cuando la obligación que se trata de fianzar es mercantil, o cuando la deuda es módica, circunstancia ésta que por no haber reglas al respecto queda entregada a la apreciación del juez.

Finalmente, el fiador que presente la persona que está obligada a constituir fianza, fuera de ser capaz y solvente, debe estar domiciliado o elegir domicilio dentro de la respectiva Corte de Apelaciones. La ley habla de "o elija domicilio", porque el artículo 69 faculta a los contratantes para pactar un domicilio convencional para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato. Por eso si el fiador carece del domicilio real exigido por la ley, puede tenerlo pactándolo en el contrato. Como observa Pescio (215), la frase "respectiva Corte de Apelaciones" se presta a dudas, pues no aparece claro a que Corte ha querido referirse el legislador, ya que ella puede ser tanto la del acreedor como la del deudor. Habida consideración a que el requisito del domicilio se exige para dar mayores facilidades al acreedor y a que la obligación debe cumplirse por lo general en el domicilio del deudor, como lo establece el artículo 1,587, creemos que el legislador ha querido referirse a la Corte de Apelaciones donde tiene su domicilio el deudor. De esta manera, si éste no cumple su obligación, el acreedor podrá dirigirse contra el fiador recurriendo al Tribunal de ese lugar y no se verá obligado ir a litigar a otra parte.

En cuanto a la prueba de los requisitos que debe reunir el fiador, los autores están de acuerdo en que el deudor debe acreditar el domicilio y la solvencia; pero si el acreedor pretende que determinados bienes deben excluirse para calificar la solvencia por encontrarse en

(215) O. c., N.º 274, pág. 194.

algunos de los casos más arriba estudiados, sobre él recae el onus probandi (216).

124. **Caso del fiador que cae en insolvencia.**—En conformidad al artículo 2,349 si el fiador dado por el deudor cae en insolvencia, éste es obligado a prestar nueva fianza. Es otro de los casos en que el deudor está obligado a constituir fianza, caso que no lo tratamos en el N.º 122 porque para su estudio era previo conocer el artículo 2348. Se trata de un derecho que el legislador reconoce al acreedor inspirado en su deseo de que la garantía dada por el deudor sea eficaz. Más adelante veremos que el mismo criterio sigue tratándose de la hipoteca pues en el artículo 2,427 da al acreedor hipotecario una serie de derechos cuando el bien hipotecado sufre algún deterioro que haga disminuir su valor.

No hay duda que se aplica el artículo 2,349 si el fiador cae en insolvencia, es decir, si su pasivo llega a ser superior al activo. Pero los autores están de acuerdo en que él también recibiría aplicación si el fiador perdiera otro de los requisitos indicados en el artículo 2,348, por ejemplo si cambiare de domicilio (217). En cambio no se entiende que el fiador esté insolvente si fallece o si se confunde su calidad con la del deudor (218).

El artículo 2,349 se aplica aun en el caso en que el fiador sea una persona determinada que el acreedor ha exigido se constituya como tal. Nuestro Código no distingue, a diferencia del Código francés, que en su artículo 2,020 exceptúa este caso. Pero por el contrario el acreedor no tendría derecho a exigir un nuevo fiador aun cuando el que exista caiga en insolvencia, si el deudor sin estar obligado a ello, por no encontrarse en los casos del artículo 2,348, buenamente hubiere otorgado la fianza (219). Esta solución, a más de lógica, se ve corroborada con la ubicación del artículo 2,349, que viene después del 2,348, que como acabamos de decir se refiere a los casos en que el deudor está obligado a rendir fianza. Asimismo, por razones fáciles de comprender, es evidente que tampoco se aplica el artículo 2,349 si el fiador se ha obligado contra la voluntad del deudor.

(216) Pescio, o. c., N.º 277, pág. 196. Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 194, pág. 203, Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 985, pág. 483.

(217) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 985, pág. 483.

(218) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 987 y 988, pág. 483.

(219) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 983, pág. 482.

## CAPÍTULO IV

PERSONAS OBLIGADAS A RENDIR FIANZA Y  
CONDICIONES QUE DEBE LLENAR EL  
FIADOR OFRECIDO

122. Personas obligadas a rendir fianza. Casos indicados en el artículo 2,348.—Por regla general el deudor tiene libertad para constituir fianza. Excepcionalmente no acontece así, cuando ella es exigida por la ley o por un decreto judicial y en los casos indicados en el artículo 2,348.

No requiere ningún comentario los casos en que el deudor está obligado a rendir fianza por ordenarlo así la ley o un decreto del juez. Pasemos entonces a ocuparnos del artículo 2,348.

En primer término de acuerdo con esa disposición, está obligado a rendir fianza el deudor que lo haya estipulado con el acreedor. Es lógico que el acreedor, valiéndose del contrato, pueda obligar al deudor a que cumpla con lo pactado y dé la fianza ofrecida. Pero si el deudor no cumple ¿de qué derecho dispondrá el acreedor? Tratándose de una obligación de hacer, tendría las facultades que otorga el artículo 1,553; pero de ellas la única viable es la contenida en el número primero de dicho artículo, es decir, el derecho de apremiar al deudor para que otorgue la fianza. Los otros derechos resultan inaplicables en la práctica, porque si el acreedor ha considerado necesario exigir fianza al deudor seguramente será por su escasa solvencia lo que le impedirá cobrarle perjuicios o hacer que un tercero ejecute por cuenta del deudor el hecho convenido. Si el contrato en el cual se ha ofrecido la fianza es bilateral, el acreedor ante el incumplimiento de parte del deudor,

podría también solicitar la resolución del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 1,489 (209).

Cabe advertir que el convenio en virtud del cual el deudor se compromete con el acreedor a darle un fiador, no constituye contrato de promesa de fianza, porque éste, al igual que la fianza misma, se celebra entre acreedor y futuro fiador, y no entre acreedor y deudor.

También el acreedor puede exigir fianza al deudor cuando las facultades de éste disminuyan en forma de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de la obligación. Así lo dice el número segundo del artículo 2,348. Corresponderá al juez apreciar si la disminución de las facultades del deudor es tal que amenace el cumplimiento de lo pactado. Pero si el mal estado de los negocios existió al momento de contraer el deudor la obligación, se ha resuelto que el acreedor no tendría derecho a exigirle fianza (210).

Finalmente, en conformidad con el número tercero del artículo 2,348 tantas veces citado, el acreedor puede exigir fianza al deudor cuando 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. Tres son entonces los requisitos que deben concurrir para que prospere la petición del acreedor: que el deudor se vaya a ausentar al extranjero —luego no es suficiente si se traslada a cualquier parte del territorio por lejana que sea—; que la ausencia al extranjero sea con ánimo de establecerse en él, por lo que concluimos que la petición sería improcedente si se tratare de una ausencia temporal; y que el deudor no deje bienes suficientes para hacer frente a sus compromisos, porque si los deja carecería de objeto la exigencia de obligarlo a rendir fianza. Observemos sí, que el artículo no hace diferencia entre la naturaleza mueble o inmueble de estos bienes, distinción que para efectos similares consagra el artículo 2,350.

Los derechos que el Código da al acreedor para solicitar del deudor que constituya un fiador en los dos últimos casos estudiados, representan el ejercicio de derechos auxiliares, y su petición se tramita de acuerdo con las reglas del juicio ordinario (211).

(209) Pescio, o. c., N.º 236, pág. 178.

(210) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5 de julio de 1886, Gaceta de los Tribunales, sentencia N.º 1392, pág. 947.

(211) Pescio, o. c., N.º 234, pág. 177.

que si existe un sólo fiador y se estipula solidaridad, si no se estima que ello equivale a constituirse como codeudor, semejante cláusula carecería de objeto, y de acuerdo con el artículo 1,562 el sentido en que una cláusula puede producir efecto debe preferirse a aquel en que no produciría efecto alguno (202). Pero este argumento no tiene valor ya que no es efectivo que existiendo un solo fiador carezca de objeto estipular la solidaridad, pues la finalidad es privar al fiador del beneficio de excusión. Finalmente, hemos encontrado un fallo que da como fundamento el N.º 3 del artículo 2,358 a que acabamos de referirnos (203).

Sobre el particular existen también algunas sentencias que consagran la opinión que hemos adoptado. Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción en uno de sus fallos ha dicho: "Que la fianza es por su naturaleza y por definición de la ley una obligación accesoria y condicional y no puede perderse ese carácter por la circunstancia de que se le califique de solidaria, ya que ese calificativo si algún significado puede tener refiriéndose a un fiador, no puede ser otro que el de que éste garantiza in solidum, o sea, la totalidad de la obligación" (203 bis). En otro de sus fallos, este mismo Tribunal, también rechaza equiparar al deudor solidario el fiador solidario, y se funda para ello en que no debiendo la fianza extenderse a más de lo expreso, no puede la frase "afianzo de manco-

1877, Gaceta de los Tribunales 1877, 2.º semestre, sentencia N.º 2478, pág. 1283 y de 7 de julio de 1898, Gaceta de los Tribunales de 1898, 1.º semestre, sentencia N.º 2123, pág. 1637; y Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 12 de junio de 1908, Gaceta de los Tribunales de 1908, 1.º semestre, sentencia N.º 606, pág. 413.

(202) Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 6 de junio de 1931, Gaceta de los Tribunales de 1931, 1.º semestre, sentencia N.º 50, pág. 225; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de marzo de 1897, Gaceta de los Tribunales de 1897, 1.º semestre, sentencia 174, pág. 90; Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 23 de agosto de 1900, Gaceta de los Tribunales de 1900, 1.º semestre, sentencia N.º 1750, pág. 1783. Este último fallo fué aprobado con dos votos en contra los que estimaron que el fiador solidario sólo estaba inhabilitado para solicitar la división de la deuda entre los fiadores.

(203) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de agosto de 1887, Gaceta de los Tribunales de 1887, sentencia N.º 2,212, pág. 1334.

(203 bis) Sentencia de 20 de agosto de 1894, Gaceta de los Tribunales de 1894, tomo 3.º, sentencia N.º 3284, pág. 237.

mum et in solidum" importar que el fiador se obligue como deudor solidario (204).

120. Caso del que se obliga como fiador y codeudor solidario.—Puede garantizarse la obligación del deudor constituyéndose un tercero fiador y codeudor solidario, Es esta una forma de caución que tiene gran aplicación en la práctica, quizás más todavía que la fianza solidaria.

También se ha discutido si al fiador y codeudor solidario debe mirarse como un simple fiador o si, por el contrario, en sus relaciones con el acreedor debe regirse por las reglas de la solidaridad. En nuestra opinión, que es también la de Pescio, (205), no hay duda que en este caso deben aplicarse las reglas de la solidaridad. Quizás podrá argumentarse que esta solución no es exacta, porque si la intención fuera obligarse solidariamente, estaría demás decir que se constituye como fiador, palabra que aparecería como inútil y carecería de sentido. Pero no es así. El hecho de que las partes agreguen la expresión fiador no obstante haber dicho que se constituye codeudor solidario, tiene su explicación, porque, como vimos al comentar el artículo 1,522, para que una persona se obligue como codeudor solidario, no es indispensable que tenga interés en la deuda, que a él concierna el negocio para el cual se ha contraído la obligación solidaria, sino que puede concurrir con el sólo fin de garantizarla; y en este caso, como lo dice el artículo 1,522 citado, en sus relaciones con el deudor se le mira como fiador. Entonces, mediante la declaración de que una persona se obliga como fiador y codeudor solidario queda una prueba constituida de que no tiene interés en la deuda, sin lo cual recaería sobre ella el peso de la prueba para acreditar esta circunstancia. De lo expuesto resulta que no obsta a que una persona sea codeudor solidario el hecho de que no le concierna el negocio para el cual se contrae la obligación.

(204) Sentencia de 30 de mayo de 1905, Gaceta de los Tribunales de 1905, 1.º semestre, sentencia N.º 320, pág. 479. En otro fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de septiembre de 1918, Gaceta de los Tribunales de 1918, sentencia N.º 907, pág. 1563, en sus considerandos parece aceptar que el fiador solidario no es deudor, pero entre las disposiciones legales en que se funda figuran diversos artículos del título de "De las Obligaciones Solidarias". Este mismo Tribunal, incidentalmente, en fallo de 3 de noviembre de 1932, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXX, segunda parte, sección primera, pág. 332, consagra nuestra opinión al decir: "que el fiador solidario responde de la totalidad de la obligación principal y se obliga subsidiariamente por el todo".

(205) O. c., N.º 169, pág. 124.

costas si exceden a la suma estipulada. Así se desprende del inciso final del artículo 2,367, según el cual si el fiador inequívocamente ha limitado su responsabilidad a una suma determinada, no es responsable sino hasta concurrencia de dicha suma. Conforme con este principio, la Corte Suprema resolvió que si una persona afianzaba a otra las compras que hiciera en una feria hasta \$ 12,000, sólo podía cobrarsele esta cantidad, y no \$ 15,000, que realmente la suma adeudada por el afianzado (184).

Si la fianza se encuentra limitada, no a una suma de dinero, sino a una de las varias obligaciones que pesan sobre el deudor, creemos que la solución debe ser otra y que en este caso se aplica el artículo 2,347. De este modo por ejemplo, si se afianza en un arrendamiento el pago de las rentas, el fiador respondería de los intereses y de las costas en los términos que la citada disposición establece. Esta solución se ve abonada con un antecedente histórico: en los Proyectos de Código de 1841 a 1847 y de 1853, el artículo 2,347 estaba redactado en los siguientes términos: "La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero, si es indefinida, se supone extenderse a todos los accesorios de la deuda..." (185). Puede verse que la única variante del artículo transcrito con el 2,347 actual consiste en la supresión de la frase "si es indefinida" que hemos subrayado. Esta modificación —no hecha impensadamente porque también figura en el Proyecto Inédito (186)— está indicando que, salvo que la limitación se haga en cantidad el fiador responde de los accesorios de la deuda. Si no se diere este alcance al artículo 2,347, no se ve que significado puede atribuirse a la supresión de la citada frase.

La conclusión a que llegamos, es sin perjuicio de que las partes limiten la fianza únicamente a la obligación sin comprender los accesorios tales como los intereses y las costas, porque en materia de extensión de la fianza debe estarse antes que nada a la voluntad de las partes.

119. Fianza simple y fianza solidaria.—Los casos de fianza simple no son muy frecuentes en la práctica, porque el fiador goza en

(184) Sentencia de 13 de diciembre de 1918, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XVI, segunda parte, sección primera, pág. 445.

(185) Artículo 2,512 del Proyecto de 1853; 4.º del Título XXXIV del Proyecto de 1941 y 500 del Proyecto de 1846.

(186) Artículo 2,512.

ella de los beneficios de excusión y de división, los que significan para el acreedor una disminución de la garantía. Por eso se recurre de ordinario a la fianza solidaria, diciéndose comúnmente con referencia a ella que una persona se obliga "de mancomun et in solidum" o como fiador mancomunado y solidario.

La fianza solidaria presenta la particularidad de ser una caución en la cual se combinan las dos cauciones personales más importantes, como son la fianza y la solidaridad pasiva.

La estipulación de la solidaridad en la fianza puede referirse a la situación del fiador con respecto al deudor, en cuyo caso el efecto que produce es privar a aquél del beneficio de excusión, o a la situación del fiador con respecto a los demás fiadores, significando entonces que no puede oponerse el beneficio de división. Naturalmente nada obsta a que la solidaridad pueda referirse a la vez a las relaciones tanto con el deudor como con los demás fiadores, y entonces el fiador se verá privado de ambos beneficios.

Si bien no hay duda que el fiador solidario no goza de los beneficios de excusión y de división, en cambio es un punto muy discutido el de saber si, fuera de estas excepciones, debe mirarse al fiador solidario como fiador, o como codeudor solidario. Y no es una cuestión meramente teórica decidirse por una u otra teoría, porque de la solución se siguen consecuencias de vital importancia. Por ejemplo, para sólo citar algunas, si el fiador solidario es codeudor, su obligación puede ser más gravosa que la del deudor principal, lo que no sería posible si se le mira como fiador; asimismo si se le da el carácter de codeudor, no goza de la excepción de subrogación, contemplada en el artículo 2,355; en cambio, estaría premunido de ella si se estimare que es fiador; finalmente si se le mira como fiador no le afectaría la prótroga de jurisdicción que existiere con respecto al deudor (artículo 239, Ley Orgánica de los Tribunales), (186 bis), pero sí le afectaría acaso se le considera como codeudor solidario, de acuerdo con lo que dijimos en el N.º 64.

Nuestro Código, al igual que el francés, no ha sido lo suficientemente claro en el punto en análisis, y ello ha sido precisamente lo que ha motivado la dificultad.

(186 bis) Salvo que concurren a pactarla como lo ha dicho la Corte Suprema en sentencia de 30 de diciembre de 1937, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVII, segunda parte, sección primera, pág. 31.

que, para responder a la acción de reforma del testamento o al pago de las deudas hereditarias (173).

Si se celebra una promesa de fianza y con posterioridad el fiador se niega a constituir la, el acreedor puede recurrir a la justicia para obligarlo a ello. Pero, no podría decirse que fuere éste un caso de fianza judicial, pues el fallo no hace sino declarar la existencia de la obligación de rendir fianza que emana de la promesa celebrada, y en consecuencia conservaría su carácter de fianza convencional.

Las fianzas legal y judicial se rigen por los mismos preceptos de la fianza convencional, salvo que la ley establezca expresamente lo contrario. Por lo tanto deberán concurrir en la persona del fiador las mismas condiciones que en la fianza convencional. Además, los efectos que se derivan de la fianza son los mismos cualquiera que sea su origen. Excepcionalmente, conforme al artículo 2,337 las fianzas legal y judicial pueden substituirse por una prenda o hipoteca suficiente, lo que no es posible en la fianza convencional. Esta diferencia se justifica tanto porque el contrato es ley para las partes, cuanto porque el acreedor no está obligado a recibir en pago una cosa distinta de la debida; principios que se violarían si se aceptara la posibilidad de cambiar la fianza convencional por otra garantía. Por último, la fianza judicial se diferencia a su vez de las fianzas convencional y legal en que en ella no puede oponerse el beneficio de excusión. Así lo dice el número cuarto del artículo 2,358. Como veremos más adelante esta diferencia es de difícil justificación.

**118. Fianza limitada o definida y fianza ilimitada o indefinida.**—La fianza es definida o limitada cuando en el contrato se establecen específicamente las obligaciones de que responde el fiador, o bien cuando ella se limita a una cantidad fija de dinero. En cambio, es indefinida, como ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago (174); cuando la fianza se extiende a tanto cuanto asciende la obligación principal con sus intereses, accesorios y costas. En otros términos, esta especie de fianza tiene su límite en la obligación principal y no puede ir más allá de ella porque como sabemos es un principio básico

(173) Fuera del Código Civil hay innumerables casos de fianzas legales y judiciales. Puede verse al respecto una enumeración muy completa que hace Pescio, o. c., N.º 131 a 140, págs. 100 a 108.

(174) Sentencia de 23 de mayo de 1934, Gaceta de los Tribunales de 1934, 1.º semestre, sentencia N.º 65, pág. 355.

en materia de fianza que el fiador no puede obligarse en términos más onerosos que el deudor directo.

Pero, tratándose de una fianza limitada o ilimitada, es necesario tener presente que, en conformidad al artículo 2,347, no debe extenderse a más del tenor de lo expreso —principio que no es sino una consecuencia del hecho que la fianza no se presume. De aquí resulta que el juez, para fijar su alcance, debe proceder con criterio restrictivo, y, en caso de duda, reconocerle el carácter de limitada.

La fianza ilimitada, de acuerdo con el artículo 2,347 recién citado, comprende los accesorios de la deuda; y como ejemplos de ellos señala dicha disposición los intereses y las costas judiciales.

Por lo que respecta a los intereses, estará obligado a pagarlos el fiador en los mismos términos que el deudor principal. Por lo tanto deberá los que se hubieren estipulado, y, a falta de estipulación en caso de mora del deudor, responderá de los intereses legales en conformidad al artículo 1,559. Asimismo responderá de la capitalización de los intereses en caso que el deudor también fuere responsable de ello.

Por ser un accesorio de la deuda, se entiende que el fiador también responde al acreedor de la indemnización de perjuicios ya sea por el incumplimiento o por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor (175). Igualmente sería responsable de la cláusula penal que se hubiere estipulado entre acreedor y deudor (176).

En cuanto a las costas judiciales el fiador responde en la forma indicada en el artículo 2,347. Es responsable de las costas del primer requerimiento hecho al deudor, pero no de las ocasionadas durante todo el juicio, pues como veremos para ello es necesario que intime al fiador; en seguida de los gastos que origine al acreedor la intimación, y finalmente de todas las posteriores a este hecho. Pero no responde de las costas causadas entre el requerimiento hecho al deudor y la intimación al fiador. La razón de este límite es muy equitativo: si requerido el deudor no paga, es lógico que el acreedor antes de continuar el juicio, se dirija contra el fiador, ya que éste puede estar dispuesto a pagar, y entonces se iría contra la equidad al hacerlo cargar con los

(175) Consecuente con este principio, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 17 de julio de 1866, Gaceta de los Tribunales de 1866, sentencia N.º 1172, pág. 300, resolvió que el fiador de un contrato de arrendamiento estaba obligado a pagar el lucro cesante que ha sufrido el acreedor por incumplimiento del contrato por parte del deudor.

(176) Baudry Lacantinerie, o. c., pág. 490, N.º 996.

## CAPITULO. III

## CLASIFICACIONES DE LA FIANZA

114. *Distintas clasificaciones que pueden hacerse.*—La fianza puede clasificarse de varias maneras, según sean los factores que se tomen en cuenta para hacer la clasificación. Así atendiendo a su naturaleza, puede ser civil o mercantil; desde el punto de vista de la garantía que ofrece al acreedor, personal, hipotecaria o prendaria; en cuanto a su extensión, limitada o definida e ilimitada o indefinida; tomando en cuenta su origen, convencional, legal y judicial; y finalmente, considerando la naturaleza del vínculo que une al fiador con el deudor, simple y solidaria.

Veamos cada una de estas clasificaciones.

115. *Fianza civil y mercantil.*—Atendido su carácter accesorio, la fianza será civil o mercantil según tenga esta naturaleza la obligación cuyo cumplimiento esté garantizando. El Código de Comercio reglamentó expresamente la fianza de sus artículos 820 y 821, y de éstas y otras disposiciones legales se desprende la importancia que tiene distinguir entre ambas clases de fianza. Así, en tanto, que la civil es consensual, y rigen respecto a ella las limitaciones de la prueba testimonial para acreditarla, la mercantil es solemne porque debe constar por escrito. En seguida, los plazos de prescripción son distintos en uno y otro caso, según tengan que aplicarse los establecidos en el Código Civil o en el Código de Comercio (170).

(170) La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de abril de 1885, Gaceta de los Tribunales de 1885, sentencia N.º 695, pág. 404, reconoce que la fianza es mercantil si la obligación que garantiza es de la misma naturaleza y prescribe conjuntamente con ella.

Muchos autores no aceptan aplicar la teoría de lo accesorio para calificar de mercantil la fianza, tal como lo hace nuestro Código de Comercio en el artículo 1.º. Se fundan, y no sin razón, en que los actos de comercio son siempre onerosos, llevan envuelta una especulación, lo que está reñido con el carácter gratuito que por regla general presenta la fianza. En el sentir de los que así opinan, ésta tendrá el carácter de mercantil cuando exista para el fiador un interés comercial (171).

116. *Fianza personal y fianza hipotecaria o prendaria.*—El caso más común es el de la fianza personal. En ella el fiador responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Pero nada obsta a que el fiador, para asegurar la obligación principal o su obligación subsidiaria de tal, constituya una hipoteca o una prenda, dando nacimiento de este modo a la fianza hipotecaria o prendaria, en las cuales concurren las garantías personales y las reales. Ya habíamos visto como el legislador admite la posibilidad de que el fiador otorgue una hipoteca, al decir en el artículo 2,344 que si bien el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, puede sin embargo hacerlo de un modo más enérgico, y cita precisamente como ejemplo el que constituya una hipoteca.

La fianza hipotecaria representa para el acreedor la seguridad máxima ya que mediante ella dispone de tres acciones para garantizar sus derechos. Puede perseguir el cumplimiento de la obligación en el patrimonio del deudor en virtud del derecho de prenda general que le concede el artículo 2,465; en seguida puede hacer efectiva la obligación en los bienes del deudor con el derecho que le da la fianza; y finalmente, si el fiador ha enajenado el bien hipotecado, puede perseguirlo en manos de quién se encuentre ejercitando la acción real hipotecaria.

Decíamos que la prenda o hipoteca que otorga el fiador puede revestir dos formas. Ella puede garantizar la obligación del deudor principal, o bien asegurar su propia obligación de deudor subsidiario. Veremos más adelante, que tiene importancia hacer esta distinción para los efectos del beneficio de excusión, porque en el primer

(171) Baudry Lacantineria, o. c., N.ºs 1197 y 1198, pág. 574, Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 165, pág. 174, Lyon Caen y Renault, citado por Dalloz, o. c., sobre el artículo 2,011, N.º 76.



rio puede nacer antes que la obligación principal, porque en estos contratos sólo es de su esencia que, extinguida la obligación que garantizan, se extingan ellos también. No-otro es el significado natural y obvio de la expresión "no puedan subsistir sin ella" que refiriéndose a la obligación principal, usa el legislador en la definición transcrita.

Después de reconocer el legislador la validez de la fianza para garantizar obligaciones futuras, da derecho al fiador, en el mismo artículo 2,339 para retractarse mientras la obligación principal no exista. Este derecho de retractación, preconizado por Pothier (166), de quien tal vez lo tomó nuestro Código, constituye una inconsecuencia, pues el legislador al otorgarlo, está negando implícitamente eficacia a la fianza de obligaciones futuras, ya que si el fiador puede desligarse por su propia voluntad de la obligación, quiere decir que no hay vínculo jurídico. En el Código francés se guarda silencio sobre la posibilidad de afianzar obligaciones futuras, pero su licitud no es discutida; en cambio, la mayoría de los autores no concede el derecho de retractación: por el contrario, lo critican duramente al comentar las opiniones de Pothier (167).

Si el fiador se retracta de la fianza de la obligación futura —naturalmente antes que ésta nazca, ya que después no hay retractación posible—, establece el artículo 2,339 que queda responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2,173. Aplicando esta disposición resulta que si el fiador quiere no incurrir en responsabilidad por el hecho de la retractación debe notificar su decisión de retractarse publicando avisos y fijando carteles.

**112. Obligaciones naturales.**—Son además susceptibles de afianzarse tanto las obligaciones civiles como las naturales. Así lo dice el artículo 2,338. En cuanto a las últimas, su posibilidad de ser afianzadas ya había sido reconocida por el artículo 1,472.

La fianza de las obligaciones naturales presenta algunas características dignas de destacar. Si se afianza una obligación civil y ella después se transforma en natural, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, creemos que la obligación del fiador subsiste con el mismo carácter, es decir, como natural. Pero si la

(166) O. c., N.º 400, pág. 87.

(167) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 130 y 131, pág. 134. Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 949, pág. 465.

fianza se otorga, cuando la obligación tiene ya este carácter, entonces la obligación del fiador es un obligación civil perfecta. Esta característica la presenta no sólo la fianza, sino cualquiera garantía que constituya un tercero para asegurar el cumplimiento de una obligación natural. Así lo vimos al tratar de la cláusula penal, y lo veremos más adelante al referirnos a la prenda y a la hipoteca.

No puede decirse que en este caso, por ser civil la obligación del fiador y natural la del deudor, se viole el principio fundamental que rige en materia de fianza, de que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal. Lo que pasa aquí es precisamente lo que la ley permite en el inciso 2.º del artículo 2,344, esto es, que la obligación del fiador sea más eficaz, eficacia que en este caso deriva del hecho que el acreedor tendría acción contra el fiador, mientras que carecería de ella para perseguir al deudor.

Veremos más adelante que tiene importancia saber si la obligación es civil o natural, porque en este último caso, por razones fáciles de comprender, el fiador no goza por regla general de la acción de reembolso contra el deudor. Así lo establece el número primero del artículo 2,375.

**113. Obligaciones contraídas por incapaces.**—El Código francés dice en su artículo 2,012 que la fianza no puede existir sin una obligación válida y agrega en el inciso 2.º que sin embargo se puede caucionar una obligación aun cuando ella pueda ser anulada por una excepción puramente personal del obligado; por ejemplo, en el caso de la menor edad. Baudry Lacantinerie, explicando esta regla excepcional, manifiesta: "La obligación del fiador podría pues sobrevivir en esta hipótesis a la del deudor: si el incapaz ha hecho pronunciar la nulidad de su obligación, el fiador no es por esto menos obligado a pagar" (168). Tenemos en consecuencia que en Francia, no obstante que se declare nula la obligación del incapaz permanece válida la del fiador.

No hay duda de que el artículo 2,012 del Código francés no se conforma a los principios legales. Es evidentemente anómalo que la fianza subsista no obstante ser nula la obligación principal. Por esto nuestro Código hizo bien en no conservar una disposición semejante

(168) O. c., N.º 945, pág. 461.

do como razón que, por ser el dinero la estimación común de todas las cosas, el que se obliga a pagarlo no se obliga a una cosa distinta de la obligación principal (160). Don Andrés Bello no exigía en los primeros Proyectos de Código que la obligación del fiador fuera siempre en dinero; esta exigencia la formula por primera vez en el artículo 2,506 del Proyecto de 1853, y lo curioso es que cita en su apoyo las ideas de Pothier que, como acabamos de ver, no son exactamente las mismas.

La necesidad de que la obligación del fiador consista en pagar una cantidad de dinero nos lleva a analizar la cuestión de determinar si existe fianza cuando el que garantiza la obligación se compromete a pagar en moneda extranjera. Siguiendo a Pescio (161) tenemos que resolver el punto negativamente, porque como muy bien observa este autor—dinero, según Escriche, es la moneda corriente de un país, o sea, la que tiene curso legal en él; y, de acuerdo con la ley monetaria de 14 de octubre de 1925, las monedas extranjeras no tienen capacidad legal de pago en Chile. Mientras rigió la ley de 31 de julio de 1898, habría existido fianza si el que garantizaba la obligación se hubiere obligado a pagar en libras esterlinas o australianas, porque en conformidad a esa ley, éstas tenían curso legal en nuestro país.

#### D. LA CAUSA

109. La fianza puede tener diversas causas (162).—Para comprender debidamente cuál es la causa de la obligación del fiador, es necesario decir previamente dos palabras de lo que en derecho se entiende por los actos abstractos. Se presentan éstos cuando tratándose de relaciones jurídicas entre tres personas, una de ellas queda por orden de la otra en situación de deudor frente a la tercera. Entonces la obligación del deudor para con el acreedor es de carácter abstracto, porque no existe vínculo alguno de orden jurídico entre ellos, y la causa hay que buscarla, no en las relaciones de estas personas, sino en las que ligan al deudor con la persona por cuyo orden o iniciativa actúa.

(160) O. c., tomo II, N.º 369, pág. 46.

(161) O. c., N.º 196 bis, pág. 140.

(162) En este punto hemos seguido muy de cerca a Jorge E. Mera en su interesantísima Memoria "Exposición de la doctrina de la causa", N.ºs 171 y 172, págs. 177 y 158, de donde sacamos las citas de Capitant y de la jurisprudencia francesa a las cuales nos referimos en el texto.

Como dice Capitant, el fin que persigue el deudor al obligarse no forma parte de su manifestación de voluntad, la cual queda reducida al simple consentimiento, es decir, al hecho de obligarse.

Con las explicaciones dadas se habrá comprendido que la fianza tenemos que catalogarla precisamente dentro de esta clase de actos, y que, en consecuencia, para ver cual es la causa de la obligación del fiador, no podemos considerar aisladamente el contrato de fianza en el cual el fiador se limita a prestar el consentimiento, sino que es forzoso recurrir a las relaciones que lo ligan con el deudor. Y aquí será necesario distinguir según que la fianza sea gratuita o remunerada. En el primer caso, la causa de la obligación del fiador será la mera liberalidad, el deseo de favorecer al deudor; y en el segundo el fin perseguido por el fiador al obligarse será que a su vez el deudor cumpla con la obligación contraída de pagarle la remuneración estipulada. Pero, a virtud del carácter abstracto de la fianza, si ella es gratuita no podría por ejemplo el fiador alegar que su obligación es nula por haber incurrido en error en cuanto a la persona afianzada; y si ella es remunerada, tampoco podría pretender liberarse del vínculo jurídico argumentando que el deudor no ha cumplido con la prestación prometida. El acreedor es completamente extraño a las relaciones que ligan al deudor con el fiador, y las más de las veces las ignorará por completo.

Los Tribunales franceses no han respetado siempre el carácter de acto abstracto que hemos visto tiene la fianza. Así han anulado por ilicitud de la causa el contrato por el cual un amante, con el fin de continuar las relaciones ilícitas con su querida, la afianza con respecto a un tercero. Pero en esta desviación de la doctrina hay una razón muy poderosa: el deseo de los tribunales de moralizar las relaciones jurídicas.

Puede suceder que el acreedor se comprometa a pagar una remuneración para que el fiador se obligue como tal. En este evento, ya no estaríamos en presencia de un acto abstracto; pero tampoco semejante contrato constituiría una fianza, sino una caución innominada de gran semejanza al seguro, como lo dijimos en su oportunidad (163).

(163) Ver supra N.º 92 y Josseland, o. c., tomo II, pág. 804, N.º 1480, quien deja en claro que si la remuneración la paga al acreedor no hay fianza.

la fianza le hubiere reportado. Como se comprenderá, dado el carácter gratuito que tiene la fianza, por lo general será difícil que ella reporte utilidad al hijo, salvo que por constituirse fiador recibiere una remuneración de parte del acreedor o del deudor.

Si el hijo de familia otorgare la fianza sin la autorización o ratificación escrita de su padre, de acuerdo con el artículo 253, sólo quedaría obligado en su peculio profesional o industrial, naturalmente siempre que lo tenga (155).

104. Capacidad del menor habilitado de edad.—El menor habilitado de edad puede obligarse libremente como fiador, sin traba alguna, porque el artículo 297, al definir la habilitación de edad, dice que es un beneficio por el cual se equipara un menor al mayor de edad, salvo respecto de aquellos actos en que una ley expresa lo declare incapaz; y como no hay ningún precepto legal que prohíba constituirse fiador o exija algún requisito para ello, hay que colocarlo respecto al contrato de fianza en la misma situación que el mayor de 25 años. (156).

105. Capacidad de la mujer casada. Distintas situaciones que pueden presentarse.—La capacidad de la mujer casada para celebrar el contrato de fianza es distinta según la consideremos en el régimen de comunidad o de separación de bienes.

En el primer caso, le es necesaria la autorización del marido o de la justicia en subsidio. Así resulta de aplicar los artículos 137 y 143. En cuanto a la autorización judicial, en el hecho ella solo puede producirse en caso de imposibilidad del marido para otorgarla, y no en caso de negativa, porque tratándose de la constitución en fiadora es muy difícil que la negativa sea injustificada o que ocasione perjuicios a la mujer, requisitos que son necesarios para que en este evento proceda la autorización judicial supletoria de la del marido. Excepcionalmente en el caso de la fianza remunerada podrían concurrir estas circunstancias.

(155) Sobre la interpretación que damos al artículo 253 en el sentido de que el se refiere a los actos que el hijo ejecute fuera de su peculio profesional, ver nuestro "Derecho de Familia", págs. 428 y 429.

(156) Si el menor habilitado puede obligarse libremente como fiador, tenemos que concluir que otro tanto puede hacer el hijo de familia en su peculio profesional, respecto del cual, conforme al artículo 246, se le mira como emancipado y habilitado de edad. En contra de nuestra opinión Pescio, o. c., N.º 212, pág. 159.

Cuando la mujer se constituye fiadora con la autorización del marido o de la justicia (salvo que esta se dé por negativa del marido, caso que como acabamos de ver es difícil que se presente); de conformidad con los artículos 146 y 1,751 quedan obligados los bienes del marido y de la sociedad conyugal, y los de la mujer hasta el monto de la utilidad que la fianza le hubiere reportado, utilidad que sólo podría producirse en la fianza remunerada, pero no en la gratuita. Esta regla no sufre excepción ni aún cuando la mujer se hubiere obligado como fiadora del marido, de acuerdo con el inciso 2.º de la última disposición citada (157).

Si la mujer es administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, puede constituirse libremente en fiadora, y en cuanto a los bienes que compromete se sigue la misma regla, es decir, se obligan los bienes de la sociedad y del marido, y los de ella sólo hasta el monto de la utilidad que el acto pueda reportarle. Así lo establecen los artículos 1,759 y 1,760.

La mujer casada puede ejercer una industria, profesión u oficio separada de su marido y en consecuencia tener bienes reservados, y entonces, conforme al artículo 150 tendrá plena capacidad para obligarse como fiadora dentro de su patrimonio reservado, y de acuerdo con lo que estatuye el mismo artículo obliga esos bienes y los del marido en los casos indicados en el artículo 161.

Si la mujer está separada de bienes o divorciada perpetuamente, tampoco tiene restricción alguna para obligarse como fiadora. Así se desprende de los artículos 159 y 173.

Cuando a la mujer le es necesaria la autorización del marido o de la justicia para constituirse fiadora, la omisión de aquella trae consigo la nulidad relativa del acto, siendo la causal que la produce la incapacidad relativa de que adolece la mujer casada bajo el régimen de comunidad.

106. ¿Hay derecho a recompensa si la sociedad conyugal paga una fianza otorgada por el marido?—Ocioso es decir que el

(157) La Corte Suprema, en sentencia de 26 de marzo de 1935, Gaceta de los Tribunales de 1935, 1.º semestre, sentencia N.º 16, pág. 121, resolvió que demandada una mujer como fiadora de su marido, la alegación emanada del artículo 1,751 en orden a que sólo estaba obligada hasta la utilidad que la fianza le hubiere reportado, debía hacerse valer como excepción y no como tercera.

dación. Pero en caso de duda debe desecharse la idea de que el que hace la recomendación ha tenido intención de constituirse fiador.

Pero si bien la recomendación de una persona no lleva envuelta para el tercero que la hace responsabilidad como fiador, puede ella en cambio dar origen a una responsabilidad extracontractual o delictual si se da en forma maliciosa y causa perjuicio al acreedor. Así lo reconocen los autores (145), e indirectamente nuestro Código al aceptar en el inciso 2.º del artículo 2,119 que el consejo dado en forma maliciosa por el mandatario lo obliga a indemnizar los perjuicios al mandante.

A virtud de que el consentimiento del fiador debe ser expreso se decide que no se constituye fiador el tercero que coloca su firma conjuntamente con la del deudor (146). Sin embargo, por excepción el legislador da el efecto de fianza a dicha firma. Así acontece con el endoso de un cheque al portador, ya que según el inciso 2.º del artículo 35 de la Ley de Cheques y Cuentas Corrientes Bancarias, constituye al endosante en fiador de su pago; y con el aval de una letra de cambio, ya que en conformidad al inciso 2.º del artículo 681 del Código de Comercio la sola firma puesta en la letra importa aval, y de acuerdo con el artículo 680 del mismo Código, se entiende que afianza solidariamente el pago de la letra.

Si bien el consentimiento del fiador en el contrato de fianza no puede manifestarse en forma tácita, no acontece lo mismo tratándose del consentimiento del acreedor: respecto de éste recobra su imperio la regla general de que tanto vale en Derecho el consentimiento expreso como el que se otorga tácitamente. Se comprende que no se exija que la voluntad del acreedor se manifieste expresamente, porque la fianza lejos de encerrar un peligro, es para él beneficiosa, pues le representa una mayor seguridad en el pago de la obligación. Por estas razones debemos entender que el artículo 2,347, al decir que la fianza no se presume se está refiriendo únicamente a la voluntad del fiador.

La doctrina de que el consentimiento del acreedor pueda manifestarse tácitamente ha sido llevada tan lejos por la jurisprudencia y los tratadistas franceses, que han resuelto que dicho consentimiento pue-

(145) Laurent o. c., tomo XXVIII, N.º 155, pág. 164.

(146) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 929, pág. 450; Pescio o. c., N.º 53, pág. 43.

de resultar del hecho que el acreedor persiga judicialmente a la persona que se ha ofrecido como fiador (147).

98. Determinar si existe fianza es cuestión de hecho.—De lo expuesto anteriormente se desprende que en caso de duda el juez debe dar la fianza por inexistente, y que determinar si un contrato constituye o no fianza es cuestión de hecho, que los jueces de fondo decidirán interpretándolo y averiguando la intención de las partes. En principio, entonces, la calificación del contrato escapa al control de la Corte Suprema, salvo que al hacer esta calificación se desnaturalice la intención de las partes o se infrinjan disposiciones legales (148).

99. En la celebración del contrato de fianza no interviene la voluntad del deudor.—En el perfeccionamiento de la fianza, para nada interviene el consentimiento del deudor; ella se forma por el acuerdo de las voluntades de acreedor y fiador, no siendo por lo tanto necesaria la voluntad del deudor. Aun más, como dice el artículo 2,345, se puede afianzar sin orden, sin noticia y aún contra la voluntad del deudor. Veremos más adelante que tiene importancia el hecho de que la fianza se haya celebrado contra la voluntad del deudor para determinar los derechos que contra éste puede ejercitar el fiador.

#### B. LA CAPACIDAD

100. Generalidades.—El artículo 2,350 establece que el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal. Esto indica que para ser fiador se necesita una capacidad especial. A ella se refiere el artículo 2,342.

Nuestro legislador ha sido sobre este punto más explícito que el Código francés. Este en su artículo 2,018 se contenta con decir que el fiador debe tener capacidad para contratar. Precisamente la vaguedad de esta expresión ha planteado entre los comentaristas de ese Código la cuestión referente a la capacidad que debe tener el fiador, y al respecto

(147) Baudry Lacantinerie, o. c., N.º 929 in fine, pág. 451. Pero esta doctrina, a Laurent, le parece discutible, o. c., tomo XXVIII, N.º 157, pág. 165.

(148) Sobre este punto, ver nuestra obra "Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia", pág. 151, sentencias 203, 204 y 205.



de el punto de vista de la pena que se estipule. Así, no podría pactarse una pena en la fianza si ella no existe en la obligación principal; o si la hay en ésta, no sería lícito estipular en la fianza que se pudiera exigir la pena conjuntamente con el valor de la fianza.

La ley no se pone en el caso de que la obligación del fiador sea más gravosa que la del deudor principal en cuanto a la calidad de las obligaciones. Ello porque en conformidad al inciso final del artículo 2,343 la obligación del fiador consiste siempre en pagar una cantidad de dinero.

Algunos autores pretenden que no se violaría el artículo 2,344 si la obligación del fiador fuera en parte más gravosa que la del deudor principal y en parte más ventajosa. Por ejemplo, que no produjere intereses la obligación principal y los produjere la fianza, y al mismo tiempo, que el plazo en que tuviera que pagar el fiador fuera mayor que el del deudor. Pero esta doctrina, además de no tener asidero legal, traería muchas dificultades en la práctica, pues sería muy difícil determinar si las ventajas de la obligación del fiador son suficientes para que en definitiva ella resulte cuando menos igualmente gravosa a la del deudor principal.

La sanción para el caso en que la obligación del fiador sobrepasa a la del deudor en cualquiera de los aspectos indicados, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho Romano, no es la nulidad de la fianza, sino que en conformidad al inciso 3.º del artículo 2,344 aquélla debe reducirse a los términos de la obligación principal. Estamos pues en presencia de una excepción a la regla formulada por el artículo 10 y según la cual los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, ya que el mismo legislador señaló una sanción distinta: la reducción de la obligación del fiador.

Aun cuando no olvidamos el principio de que los tribunales sólo proceden a requerimiento de parte, la redacción del artículo 2,344 tantas veces citado, al emplear las expresiones "deberá reducirse", tan categóricas e imperativas, nos hace pensar que el juez, en presencia de una obligación del fiador que exceda a la del deudor, podría de oficio ordenar su reducción.

Pero si bien la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal, puede en cambio aquél obligarse en términos más eficaces, por ejemplo dando una hipoteca, aunque la obligación principal no la tenga, como lo dice el inciso 2.º del artículo

2,344, porque en ese caso no se viola la regla de que la obligación del fiador está limitada por la del deudor principal.

94. 5.º Es un contrato patrimonial.—Nuestro Código consagra el carácter patrimonial de la fianza en el artículo 2,352, al decir que los derechos y las obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos. El hecho de que el legislador haya establecido esta disposición, francamente innecesaria, se debe a una razón histórica: así lo hace el Código francés, y, ahora bien, este Código se vió en la necesidad de formular esta advertencia, porque innovó sobre lo que existía al momento de su dictación. En efecto, en la "sponsio" y en la "fideipromissio", primeras formas que tuvo la fianza en el Derecho Romano, las obligaciones del fiador no se transmitían a los herederos; después, en la "fidejussio", fueron transmisibles; y en seguida, en el Derecho antiguo francés se volvió a la intransmisibilidad. En consecuencia, al aceptar finalmente el Código de Napoleón que ellas eran transmisibles, tuvo que decirlo expresamente (137).

95. 6.º No es un contrato condicional.—Hacemos esta advertencia porque podría creerse que tiene tal carácter y que la condición consistiría en que el deudor no cumpliera lo pactado. Pero no, el fiador contrae su obligación inmediata y directamente, y puede ser perseguido por el acreedor sin que éste tenga necesidad de siquiera averiguar si el deudor está o no en situación de pagar. Confirma lo dicho la circunstancia, a la cual nos referimos más adelante, de que el acreedor puede dirigirse contra el fiador sin necesidad de que el deudor principal esté en mora (138).

Pero si bien la fianza en su esencia no es condicional, nada obsta, como innecesariamente lo dice el artículo 2,340, para que se estipule una modalidad, para que se imponga un plazo o una condición que afecte al nacimiento o extinción de la fianza, ya que todos los actos patrimoniales aceptan modalidades (139).

(137) Peseo, o. c., N.º 124, pág. 95.

(138) Peseo, o. c., N.º 123, pág. 94.

(139) Sobre un caso de fianza condicional, ver sentencia de la Corte de Santiago, de 29 de octubre de 1878, Gaceta de los Tribunales de 1878, 2.º semestre; sentencia N.º 4092, pág. 1715.

darle el carácter de solemne como lo ha hecho la mayoría de los Códigos modernos (127).

La circunstancia de que la fianza sea un contrato consensual no impide que para acreditarla rijan las limitaciones de la prueba testimonial contenidas en los artículos 1,708 y siguientes.

89. Casos en que la fianza es solemne.—Excepcionalmente la fianza está sujeta a solemnidades. Tal acontece con la fianza mercantil, que de acuerdo con el artículo 820 del Código de Comercio debe constar por escrito. Con esta exigencia se da el caso de que mientras la fianza civil es consensual, la mercantil es solemne, en circunstancia de que el principio que inspira a la legislación mercantil es prescindir de las solemnidades por la rapidez que exige el comercio.

También es solemne la fianza que debe rendir el guardador para entrar en el ejercicio de su cargo, pues en conformidad al artículo 1,033 del Código de Procedimiento Civil ella debe otorgarse por escritura pública.

90. Promesa de fianza.—Baudry Lacantinerie, fundándose en el artículo 1,589 del Código francés, según el cual la promesa de venta vale como venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, da a la promesa de fianza el carácter de fianza y concluye que mediante ella podría el acreedor perseguir al fiador (128). Esta opinión no tiene asidero en nuestro derecho, pues del artículo 1,554 se desprende que son cosas distintas la promesa y el contrato prometido. Además —y ello no deja de ser ilógico— en conformidad al N.º 1 del citado artículo, la promesa de fianza es solemne, porque debe constar por escrito; en cambio, la fianza en sí misma, como acabamos de ver, es consensual.

91. 2.º Es un contrato unilateral.—La fianza es por naturaleza un contrato unilateral, porque sólo resulta obligado el fiador a pagar la deuda en caso de que no lo haga el deudor. El acreedor no contrae obligación alguna por el contrato, porque si bien es cierto que conforme al artículo 2,355 está obligado a conservar los derechos en

(127) Por ejemplo, los Códigos alemán, suizo, peruano y mexicano.

(128) O. c., N.º 927, pág. 449.

que se subroga el fiador una vez efectuado el pago, esta obligación emana de la ley y no del contrato (129).

Hemos dicho que la fianza es por su naturaleza unilateral, pero no por su esencia, lo que significa que se transforma en bilateral si el acreedor contrae alguna obligación en el contrato (130).

92. 3.º Es un contrato gratuito.—Por la regla general la fianza es un contrato gratuito, porque el que se obliga es el fiador en beneficio del acreedor. Pero lo curioso es que este carácter resulta de estudiar la situación del deudor, que en realidad es ajeno al contrato. Baudry Lacantinerie, explicando el carácter gratuito de la fianza, expresa que no lo es con relación al acreedor, porque con ella no se hace sino asegurarle el pago de algo que se le debe, pero sí para el deudor, ya que él obtiene una ventaja gratuita: "Obtiene en efecto, gracias a la intervención desinteresada y generosa del fiador, —dice el autor citado— un crédito que sin ella se le habría rehusado" (131).

Sin embargo, a lo dicho por Baudry Lacantinerie puede observarse que si la fianza se otorga con posterioridad a la celebración del contrato principal, es decir después que el acreedor ha otorgado el crédito, ninguna ventaja le reportaría al deudor la constitución de la garantía; en cambio, para el acreedor la ventaja es evidente, porque obtiene una seguridad de que carecía al momento de nacer la obligación principal.

En todo caso, el complejo carácter de gratuidad que presenta la fianza no es de su esencia. Bien puede que no presente esta característica ni para el deudor ni para el fiador, si aquél estipula con éste una remuneración por el servicio que le presta, como dice el artículo 2,341 (131 bis).

Si la remuneración fuere ofrecida al fiador, no por el deudor, sino por el acreedor, también pierde el contrato el carácter de gratuito; pero en este caso ya no habría propiamente fianza, sino un contrato innominado de gran semejanza con el seguro.

(129) Ver infra N.º 148 y siguientes.

(130) Laurent, o. c., tomo XXVIII, N.º 127, pág. 133.

(131) O. c., N.º 915, pág. 442.

(131 bis) La regla general es que la fianza sea gratuita. Pero que sea remunerada requiere estipulación en tal sentido, así lo ha dicho la Corte de Apelaciones de Iquique en sentencia de 7 de septiembre de 1939 "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVIII, segunda parte, sección primera, pág. 560.

85. **Renuncia de la solidaridad en las pensiones periódicas.**—El artículo 1,517 establece que la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa. La disposición es casi innecesaria, porque a la misma conclusión se podría haber llegado sin ella, habida consideración a que las renunciaciones deben interpretarse restrictivamente.

Don Andrés Bello señala como fuente del artículo 1,517 el 1,212 del Código francés; pero siguió esa disposición sólo en parte, porque ella establece además que si durante diez años se recibe la cuota de los intereses o pensiones, se entiende renunciada la solidaridad por las pensiones o intereses futuros y por el capital. Como puede verse, el autor de nuestro Código no reprodujo esta última parte del artículo 1,212 del Código francés, y que era la que precisamente tenía interés.

### III. LA FIANZA

#### CAPITULO I

#### GENERALIDADES

86. **Definición.**—La fianza está tratada en nuestro Código en el título XXXVI del libro IV, artículos 2,335 y siguientes. El primero se encarga de definirla, diciendo que "La fianza es una obligación accesorio, 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 definición transcrita presenta la impropiedad de decir que la fianza es una obligación, cuando en realidad es un contrato, que, como tal, para su nacimiento exige acuerdo de voluntades. Esta impropiedad resulta más grave porque da pie para sostener el carácter de acto unilateral que algunos atribuyen a la fianza (120). Pero ésta es siempre un contrato. Y si el artículo 2,336 dice que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, es que se está refiriendo a la obligación de rendirla, obligación que puede emanar de un acuerdo de las partes, de la ley o de una resolución judicial. Por lo demás, el carácter de contrato que tiene la fianza es reconocido por la mayoría de los autores. Así, Baudry Lacantinerie dice: "Pero la fianza no es un acto unilateral; como constituye un contrato y no se forma por la simple oferta del fiador; esta oferta puede ser retractada mientras que el acree-

(120) Ricci, citado por Víctorio Pescio "La Fianza", N.º 44, pág. 38.

## CAPITULO III

## EXTINCION DE LA SOLIDARIDAD

81. **Generalidades.**—Extinguida la obligación solidaria, es evidente que con ella también cesa la solidaridad. Pero también ésta puede extinguirse no obstante que subsista la obligación, lo que acontece en dos casos: por muerte de alguno de los deudores o por la renuncia que el acreedor haga de la solidaridad. La primera forma de extinción no presenta dificultades, y el legislador no la ha reglamentado expresamente, en tanto que a la segunda la contempla en los artículos 1,523, 1,516 y 1,517, a cuyo estudio nos avocamos.

82. 1.º) **Muerte de uno de los deudores.**—El artículo 1,523, que se refiere a esta materia, establece: "Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son entre todos obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria". De la disposición transcrita y de las reglas generales que rigen la solidaridad, se desprende que fallecido uno de los deudores, el acreedor puede ejercitar su acción de tres maneras: contra cualquiera de los deudores sobrevivientes por el total de la obligación, ya que respecto a ellos subsiste la solidaridad; contra los herederos del deudor fallecido por el total si los demanda conjuntamente, y, finalmente, contra cada uno de los herederos, limitando su acción a la parte de la deuda que a éste corresponda por su cuota hereditaria. Dejemos en claro que el acree-

dor de cada uno de los herederos puede perseguir la parte que a éste corresponda en el total de la deuda, y no, como podría creerse, la parte de la cuota que en definitiva correspondería al causante. Así por ejemplo: si hay tres deudores, que supongamos tienen el mismo interés en la deuda, ascendente a \$ 3,000, y fallece uno de ellos dejando dos herederos, el acreedor puede perseguir de cada uno de éstos \$ 1,500, y no únicamente \$ 500.

Acabamos de ver que el fallecimiento de uno de los deudores no impide que la solidaridad subsista con respecto a los otros deudores, como asimismo que todos los herederos del deudor fallecido representan a éste. Pues bien, es interesante tener presente estos principios para analizar los efectos de la solidaridad. Porque si el acreedor demanda a uno de los deudores sobrevivientes, esta demanda surtiría el efecto de interrumpir la prescripción aún respecto de los herederos del deudor fallecido. A su vez, si el acreedor acciona contra éstos conjuntamente, se interrumpiría la prescripción para los deudores que subsisten. Pero por el contrario, si el acreedor sólo demanda a uno o alguno de los herederos, pero no a todos, la interrupción de la prescripción se operaría sólo con respecto a los demandados y continuaría corriendo en favor de los otros herederos y demás deudores (117).

Si bien la solidaridad no pasa de pleno derecho a los herederos, no hay inconveniente para que así se estipule. El propio Código, en el inciso 3.º del artículo 549, acepta un pacto semejante al permitir que pueda estipularse que los miembros de una persona jurídica sean solidariamente responsables con ella y que esta responsabilidad pase con el carácter de solidaria a los herederos.

83. 2.º) **Renuncia del acreedor.** Esta puede ser total o parcial, expresa o tácita.—La solidaridad está establecida en beneficio del acreedor. De aquí que sea renunciable, conclusión a la que habríamos llegado aun cuando no lo hubiera dicho el artículo 1,516, aplicando la regla general contenida en el artículo 12. Esta renunciabilidad es posible ya sea que se trate de solidaridad convencional, testamentaria o legal, pues el citado artículo 1,516 no distingue.

Conforme al inciso 1.º de esta disposición, el acreedor puede re-

(117) Claro Solar, o. c., tomo X, N.º 487, pág. 434.



do uso de la acción de mandato, háyase o no estipulado intereses con el acreedor, podría cobrarlos, y, aun más, los corrientes, de acuerdo con el artículo 2,158. Esta idea la expresan con mucha exactitud Aubry et Rau, al decir: "Por la actio mandati está autorizado a reclamar (se refiere al deudor que ha pagado) no solamente lo que ha pagado al acreedor en capital, intereses y gastos más allá de su parte personal, sino también los intereses de este excedente, sea que el crédito por él pagado fuera o no productivo de interés. La subrogación, al contrario, no autoriza al subrogado a reclamar intereses que el acreedor mismo no habría podido exigir" (109).

78. 2.º) La obligación solidaria sólo interesa a alguno de los deudores.—Puede darse el caso de que la solidaridad no interese a todos los deudores, si alguno de ellos ha contraído la obligación con el solo fin de garantizar su cumplimiento por el verdadero deudor. Poniéndose en este caso —que revela el carácter de garantía, de caución que tiene la solidaridad pasiva—, dice el inciso 2.º del artículo 1,522: "Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores".

Según esto va a ser necesario distinguir quién ha hecho el pago. Si es alguno de los deudores a quienes concernía el negocio, podrá repetir contra los que se encuentran en su misma situación, pero no contra aquéllos que no tienen interés en la obligación. Por el contrario, si el que paga es uno de éstos, podrá exigir el reembolso de los otros haciendo valer las mismas acciones que tiene el fiador.

Naturalmente que, de acuerdo con los principios de la prueba, será al deudor que dice no tener interés en la obligación a quien corresponda acreditar tal hecho. Por lo general, la prueba de esta circunstan-

(109) O. c., tomo IV, págs. 49-50. La Ley de Quiebras dice en el artículo 116, que cuando uno de los deudores ha sido declarado en quiebra, el deudor que ha pagado la deuda puede verificar el crédito por la cantidad que exceda a la parte que le corresponde soportar en la deuda con los intereses a que haya lugar hasta la fecha de la declaración de quiebra. En armonía con lo dicho, interpretamos la expresión "intereses a que haya lugar" en el sentido, de que ellos pueden emanar de la acción subrogatoria, si el crédito produce intereses para el acreedor, o de la acción de mandato, en el caso contrario.

cia va a aparecer del propio contrato del cual nace la solidaridad. Se acostumbra decir que fulano "se obliga como fiador y codeudor solidarios", con lo cual se deja constancia que esa persona no tiene interés en la deuda y que sólo ha accedido a ella para constituir una garantía. Pero el hecho de que no haya prueba preconstituida de este carácter no impide que pueda probarse por los diversos medios probatorios, pero con las limitaciones que rigen para la prueba testimonial.

Es digno de subrayar que el legislador mira como fiador al deudor que no tiene interés en la obligación sólo en las relaciones internas de los codeudores, porque con respecto al acreedor es tan deudor directo como los demás (110).

79. Consecuencias que se derivan del hecho de que el deudor a quien no concierne la obligación solidaria se le mire como fiador.—Además de no poder repetir contra el deudor solidario que no tiene interés en la deuda, son varias las consecuencias que se siguen para el deudor a quien concierne el negocio y que paga al acreedor, por el hecho de que el legislador lo mire como fiador. Por de pronto, para reembolsarse de lo pagado, fuera de las acciones en que se subroga al acreedor, va a disponer también de la acción personal emanada de la fianza, contemplada en el artículo 2,370. Y ello tiene suma importancia, porque en conformidad al artículo 2,372 puede ejercitar esta acción por el total contra cada uno de los deudores a quienes concierne el negocio —y no únicamente por la parte o cuota que a cada uno corresponda (111). En seguida, puede intentar contra los deudores interesados el derecho que le otorga el artículo 2,369, para solicitar de ellos, en los casos que el artículo indica, que le obtengan el relevo de la fianza, le caucionen sus resultados o le consignent medios de pago (112).

80. Cómo se reparte la cuota del deudor insolvente.—Puede suceder que con posterioridad al pago que haga uno de los deudores alguno o algunos de los otros caigan en insolvencia. En esta situación, ¿quién va a cargar con la cuota del insolvente? El inciso final del ar-

(110) Sobre el fiador y codeudor solidario, ver infra N.º 120.

(111) Ver infra N.º 176.

(112) Así lo ha declarado la Corte de La Serena, en sentencia de 15 de octubre de 1869 (Gaceta de los Tribunales de 1869, sentencia N.º 2522, pág. 1087).

de ser un extraño, está precisamente ligado por un vínculo jurídico con el acreedor. En seguida, mediante esta subrogación que se produce en la solidaridad el deudor no va a poder demandar a cada uno de los deudores el total de lo pagado —lo que sería posible aplicando las reglas generales de la subrogación—, sino únicamente la parte o cuota en la deuda que a cada uno corresponde. Quizás si esta derogación de los principios fué lo que indujo al legislador a establecer nuevamente esta subrogación en el artículo 1,522, cuando ya lo había dicho en el artículo 1,610.

La limitación de que el deudor sólo puede dirigir su acción contra los otros por la parte o cuota que les quepa, es una solución que se ha impuesto por razones de conveniencia práctica. Con ella se quiere evitar el circuito de acciones que se produciría si fuera posible la demanda por el total, pues repitiéndose por el todo contra uno de los deudores, éste a su vez procedería en igual forma contra los otros, y sería cuestión de nunca terminar. Sin embargo, este criterio de limitación no ha sido siempre aceptado. Dumoulin pensaba que el deudor que pagaba podía repetir por el total, pero con deducción de su cuota. Esta doctrina de Dumoulin, que Bello aceptaba en el Proyecto publicado en "El Araucano" (99) y que después abandonó, no ha tenido éxito en la doctrina ni en la legislación positiva.

La subrogación del deudor que paga se produce aún en caso de pago parcial y no obstante que lo pagado sea inferior a la cuota que le corresponde en la deuda. Pero en este evento, conforme al inciso 2.º del artículo 1,612, el acreedor goza de preferencia para pagarse del saldo (100).

74. ¿Podría el deudor que paga cobrar el total de la deuda mediante la subrogación convencional?—No obstante que se opere la subrogación por el ministerio de la ley, nada impide que al mismo tiempo se produzca la subrogación convencional (101). Y enton-

(99) Artículo XVI, del Título VIII, del Libro de los contratos y obligaciones.

(100) Excepcionalmente no habría acción de repetición siendo parcial el pago en el caso contemplado por el artículo 115 de la Ley de Quiebras, esto es, cuando en la quiebra de los distintos deudores solidarios se pagare parte del crédito.

(101) Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema en sentencia de 4 de diciembre de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXI, segunda parte, sección primera, pág. 131.

ces, si el acreedor subroga en sus derechos al deudor que le paga, ¿podría éste, en virtud de esta subrogación convencional, demandar el total de cada uno de los deudores? La negativa es sostenida por todos los autores, en razón de que en conformidad al artículo 1,612 son unos mismos los efectos que producen ambas clases de subrogación (102).

75. Qué debe entenderse por parte o cuota en la deuda.—Al hablar el Código en el artículo 1,522 de la parte o cuota en la deuda de cada deudor, se refiere, no a la cuota viril, sino a la que efectivamente le cabe a cada deudor. Esta diferencia, de interés en la solidaridad, es perfectamente posible, porque si por ejemplo a dos personas se les facilita en mutuo \$ 1,000, constituyéndose solidariamente responsable de su devolución, puede ser que esa cantidad no la reciban por iguales partes, sino dos tercios una y un tercio la otra. Y si la que ha recibido dos tercios es la que paga, sólo podría repetir contra la otra por el tercio restante.

Pero lo normal será que todos los deudores tengan el mismo interés en la deuda, y en consecuencia el deudor que ha pagado puede demandar la cuota viril del otro deudor, con la sola circunstancia de acreditar el pago y sin necesidad de probar que la cuota es igual (103). Al demandado que pretendiera que su parte en la deuda es menor le correspondería producir la prueba, para lo cual no podría valerse de la declaración de testigos, si la deuda fuere mayor de \$ 200 (104).

De manera que en la solidaridad convencional es el contrato el que determina la cuota o parte que a cada uno de los deudores corresponde en la deuda. Pero en la solidaridad legal, ¿cómo se hace esta

(102) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1259, pág. 314; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 360, pág. 362; Aubry et Rau, o. c., tomo IV, pág. 50, nota 40.

(103) Así lo han declarado nuestros tribunales. La Corte de Talca, en sentencia de 3 de octubre de 1904 (Gaceta de los Tribunales de 1904, sentencia N.º 1497, pág. 567), dijo en su considerando 2.º: "Que contraída esta obligación por ambos deudores en conjunto sin otra explicación, dada la propia naturaleza de las cosas, debe entenderse que los grava de igual modo o sea por mitad". La misma doctrina, aunque indirectamente, acepta la Corte de Concepción en sentencia de 20 de marzo de 1939 (Gaceta de los Tribunales de 1939, 1.º semestre, sentencia N.º 98, pág. 489). La Corte de Santiago, en sentencia de 28 de marzo de 1896 (Gaceta de los Tribunales de 1896, 1.º semestre, sentencia N.º 421, pág. 314), erradamente sostiene la doctrina contraria.

(104) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, nota a la pág. 342.

lo, son del mismo modo excepciones personales, que sólo puede alegar el que ha sido víctima de ellos. Con esta premisa se critica a nuestro legislador el que haya señalado en el artículo 2,354 a la violencia y al dolo como excepciones reales (96). Pero esta crítica es completamente injustificada. Porque lo que el Código dice es que en la fianza los vicios del consentimiento son excepciones reales, por lo que en consecuencia puede alegarlas el fiador. Y ello con justa razón, porque si la obligación principal es nula, no sería lógico ni equitativo que a pesar de ello pagare el fiador, ya que la nulidad de la obligación principal trae consigo la extinción de la fianza. Pero el legislador no ha dicho que los vicios del consentimiento sean excepciones reales en la solidaridad: el artículo 2,354 se refiere únicamente a la fianza. En la solidaridad, los vicios del consentimiento constituyen una excepción personal, porque, dada la pluralidad de vínculos, es perfectamente posible que la obligación, no obstante ser nula para alguno de los deudores, sea válida para los otros. En suma, la razón de por qué los vicios del consentimiento sean excepciones reales en la fianza y personales en la solidaridad, estriba en que la fianza, como obligación accesorio, no puede subsistir si es nula la obligación principal, en tanto que en la solidaridad las obligaciones de cada uno de los obligados son independientes entre sí.

71. **Excepciones mixtas: remisión y compensación.**—Si la remisión se hace a todos los deudores, constituye una excepción real, que puede oponerse por cada uno de ellos. Esto ni siquiera necesitó decirlo expresamente el legislador. Pero, por las dudas que podían presentarse, en el artículo 1,518 contempla el caso en que la remisión se haga a alguno de los deudores, estableciendo que el acreedor conserva su acción contra los otros deudores, pero con deducción de la cuota que en la deuda corresponde al deudor remitido. De manera que si a pesar de la remisión el acreedor demandare el total, el demandado podría excepcionarse alegando que debe hacerse la rebaja aludida.

De la redacción del artículo citado se desprende que la cuota que se rebaja es la que realmente le corresponde al deudor remitido, y no la cuota viril. Dichas cuotas, como veremos al estudiar el artículo 1,522, pueden ser distintas.

(96) Arturo Alessandri R., "Teoría de las Obligaciones", pág. 260.

La Corte de Concepción tuvo oportunidad de aplicar estos principios en el caso en que un Banco condonó al aceptante de una letra de cambio el 70% de su valor, que ascendía a \$ 28,000. Al momento de la remisión el Banco declaró que la hacía sin perjuicio de hacer efectivo el total a los demás obligados al pago de la letra. Y así lo pretendió demandando al girador. Pero la declaración formulada no impedía aplicar el artículo 1,518, y la Corte resolvió que debiendo considerarse iguales las cuotas que tenían en la deuda el girador y el aceptante de la letra, sólo se podía demandar al primero la mitad de la deuda solidaria, es decir, \$ 14,000 (97).

Bien puede presentarse el caso de una remisión no voluntaria, sino forzada, como la que se produce en el caso de convenio. De acuerdo con el artículo 146 de la Ley de Quiebras, éste puede versar sobre una remisión parcial de la deuda. Tratándose de un deudor solidario, ¿aprovechará esta remisión a los otros? El artículo 161 de la misma ley soluciona la cuestión en términos afirmativos, pero siempre que el acreedor haya concurrido con su voto a la aprobación del convenio.

La otra excepción que se encuentra en situación especial es la de compensación. Es curioso anotar como el legislador, antes de llegar a las soluciones contenidas en los artículos 1,657 y 1,520, vaciló y ensayó otras en los distintos Proyectos de Código. En los Proyectos publicados en "El Araucano", el deudor que no fuere acreedor del acreedor común no podía oponer la compensación, por el total, sino hasta la parte del deudor que tuviere el carácter de acreedor. Con esta solución seguía al jurisconsulto Delvincourt. En el Proyecto de 1853 cambió radicalmente de criterio: negó al deudor que no es acreedor el derecho a oponer la compensación, ni aun en parte, salvo que el deudor que fuere acreedor le hubiere subrogado en sus derechos. Finalmente, en el Código actual, inciso 2.º del artículo 1,520, aceptó la misma doctrina, pero corrigiendo la impropiedad que contenía aquél al hablar de subrogación y manifestando en su lugar "si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho" (98).

La disposición citada, que se repite en el inciso final del artículo 1,657 y que es la misma adoptada por el Código francés, no se jus-

(97) Sentencia de 20 de marzo de 1939, Gaceta de los Tribunales de 1939, 1.º semestre, sentencia 98, pág. 459.

(98) Artículo 10, Título VII del Libro de las obligaciones del Proyecto de 1841 a 1846 y artículo 1840 del Proyecto de 1853.

La doctrina de la solidaridad imperfecta se debe a Mourlon (85) y a Aubry et Rau (86). Para ellos, la solidaridad convencional es siempre perfecta; en cambio, la legal sólo tendría este carácter cuando fuere declarativa de la voluntad de las partes; cuando las personas se conocieren y tuvieren vínculos entre sí, pero no cuando estuviere establecida por la ley con miras al orden público o cuando los deudores ni siquiera se conociesen: en estos casos se produciría únicamente la solidaridad imperfecta.

Justificando la distinción entre ambas clases de solidaridad, Aubry et Rau invocan el Derecho Romano; cuando dicen: "La distinción que indicamos entre las obligaciones solidarias (*obligatio communitatis*) y los casos de responsabilidad solidaria (*obligatio in solidum*) era admitida en el Derecho Romano" (87).

La doctrina de la solidaridad imperfecta ha tenido cierto éxito en la responsabilidad que a falta de un texto expreso establecen los autores y la jurisprudencia francesa en materia de delitos y cuasidelitos. A muchos, como vimos (nota 43), se les hace duro establecer esta solidaridad no contemplada por el legislador, y para mitigar sus consecuencias declaran que en ella sólo se produce el efecto principal de la solidaridad, más no los secundarios.

Pero, en general, esta doctrina no ha tenido acogida entre los tratadistas. Jossierand la repudia (88), y, combatiendo el argumento según el cual es necesario aceptarla porque el mandato tácito y recíproco no puede existir cuando la solidaridad está establecida sin la voluntad de los deudores, dice que él descansa sobre una concepción falsa de dicho mandato, ya que no es la convención de las partes la que lo establece, sino el legislador. Agrega que el Código en parte alguna distingue entre ambas clases de solidaridad y que no es efectivo el fundamento que se le atribuye en el Derecho Romano. Laurent (89) y Baudry Lacantinerie (90) también la rechazan.

Fuera de estas críticas, cabe observar que desde su nacimiento esta doctrina ha sido defectuosa, ya que sus propios expositores no están de acuerdo acerca de los casos en que ella existe, y además, mientras

(85) Répertoire écrits sur le Code Civil, tomo II, págs. 564 y 565.

(86) O. c., tomo IV, págs. 24 a 30.

(87) O. c., tomo IV, nota 6, pág. 30.

(88) O. c., tomo II, N.º 771, pág. 430.

(89) O. c., tomo XVII, N.º 313 a 317, págs. 311 a 318.

(90) O. c., tomo II, N.º 1292 y siguientes, págs. 376 y siguientes.

para Mourlon el carácter de imperfecta de la solidaridad es indeleble, en cambio para Aubry et Rau no lo es.

68. Excepciones que puede oponer el deudor demandado al acreedor. Clasificación en reales; personales y mixtas.—De los artículos 1,520 y 2,354 se deduce la clasificación de las excepciones en reales y personales. Las reales, como las denomina el artículo 2,354, o las que resultan de la naturaleza de la obligación, como las llama el artículo 1,520, son aquellas que dicen relación con la obligación misma, sin tomarse en consideración la situación de las partes. Las personales, por el contrario, se relacionan con la situación o calidad particular que tiene el deudor en la obligación. Nuestro Código ha considerado dentro de las excepciones reales tanto las que emanan de la naturaleza de la obligación, como las comunes que señala el Código francés, entre las cuales se comprenden aquellas que se producen con posterioridad al nacimiento de la obligación y que pueden ser alegadas por cualquier deudor.

De estas excepciones, el deudor demandado puede alegar las reales y las personales que le sean propias; pero no las personales de los otros deudores. La remisión y la compensación se encuentran en situación especial, y por eso se acostumbra denominarlas mixtas.

69. Excepciones reales, comunes o que emanan de la naturaleza de la obligación.—Son excepciones reales las causales de nulidad absoluta, las modalidades que afectan a toda la obligación, la cosa juzgada y la generalidad de los modos de extinguir las obligaciones (91). Ocupémonos de cada una de ellas.

Si la causal de nulidad absoluta que se invoca es el objeto ilícito, forzosamente incidirá en todos y cada uno de los deudores, dado que la solidaridad presupone unidad en la prestación. En consecuencia, por derecho propio cualquiera de ellos podría invocarla. Pero si la causal alegada fuere la falta de solemnidades, la causa ilícita o la incapacidad absoluta, puede acontecer, a virtud de la pluralidad de

(91) También sería real la "exceptio non adimpleti contractus", consagrada en el artículo 1552. En consecuencia, el deudor podría oponer la excepción de no encontrarse en mora a virtud de que el acreedor no ha cumplido el contrato. Así lo ha declarado la Corte de Concepción en sentencia de 15 de noviembre de 1921 (Gaceta de los Tribunales de 1921, 2.º semestre, sentencia N.º 288, pág. 1167).

se produzca esta situación, es necesario que la obligación de los deudores solidarios sea exigible. De manera que si la obligación de uno de ellos es condicional o de plazo pendiente, no quedaría él colocado en mora por el hecho de que los otros estuvieren en dicho estado.

La mora puede producirse en los tres casos indicados en el artículo 1,551. Es evidente que si la obligación ha debido darse o ejecutarse dentro de cierto lapso de tiempo, que transcurre sin que ella se cumpla, a virtud de la unidad de prestación que existe en la solidaridad quedan todos los deudores solidarios colocados en mora. Lo mismo sucederá cuando la mora de uno de los deudores se ha producido por requerimiento judicial. Pero si con respecto a uno de los deudores se ha estipulado un plazo y con respecto a los otros no, ¿bastará que transcurra ese plazo para que el estado de mora sea general? A pesar de que el caso puede ofrecer duda, creemos que sí, pues es lógico presumir que los deudores cuya obligación no tiene un plazo estipulado conocen el pactado con el otro deudor.

62. 5.º) Perdida la cosa debida por culpa o durante la mora de uno de los deudores, todos son solidariamente obligados al precio.—Si la pérdida de la cosa debida es fortuita, se extingue la obligación respecto a la totalidad de los deudores. Pero si aquélla se produce por culpa o durante la mora de uno de éstos, conforme al artículo 1,521 todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva su acción contra el culpable o moroso; pero la acción de perjuicios sólo se puede intentar contra este último.

La distinción que hace el legislador entre el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios, conservando la solidaridad con relación al primero y no conservándola en cuanto a los segundos, es sin duda ilógica. Si se estimó que la culpa o mora de uno de los deudores afectaba a los otros, para ser consecuente con el principio debió haberse declarado solidaria la responsabilidad tanto para el pago del precio como para la indemnización de los perjuicios.

La doctrina contenida en el artículo 1,521, que es la misma que acepta el Código francés en su artículo 1,205, se debe a Pothier y a Dumoulin y está basada en una interpretación errónea del Derecho Romano efectuada por este último jurisconsulto. En ese Derecho se distinguía entre la mora y la culpa de los codeudores. Cuando la cosa parecía por culpa de uno, se hacía responsable a todos; pero si la pér-

didada se producía durante la mora de uno, ella sólo afectaba al deudor moroso. Para hacer esta diferencia, se estimaba —y no sin razón— que al acreedor le era fácil colocar en mora a todos los deudores, mientras que en cambio le era muy difícil, por no decir imposible, prevenir los actos culpables de ellos. Esta distinción no fué captada por Dumoulin, que creyó se distinguía entre el precio y los perjuicios, conservándose la solidaridad sólo con respecto al primero. Sin embargo, es curioso observar que la solución de este autor, si bien jurídicamente no es aceptada, desde el punto de vista de la equidad no merece reparo (78).

Al aceptarse que en caso de culpa o mora de uno de los deudores pueda reclamarse el precio del deudor inocente, se hace una excepción a la regla general, cual es que el acto de un tercero constituye caso fortuito o fuerza mayor que, exime de responsabilidad. Es ésta una regla propia de la solidaridad y que los autores basan en la teoría del mandato tácito y recíproco que une a los deudores (79).

A diferencia del precio, los perjuicios sólo se pueden demandar contra el deudor culpable o moroso y no contra los otros. Sin embargo, podrían demandarse de éstos cuando así se hubiere estipulado expresamente (80).

El Código no se pone en el caso en que sean culpables dos o más de los deudores. En este evento, ¿podría demandarse el total de los perjuicios de cada uno de los culpables, o sólo la cuota? La cuestión es discutible. Cierto es que la indemnización de perjuicios viene a reemplazar el cumplimiento de la obligación, y que si el deudor estaba obligado al total de ella, la infringiría en su totalidad, lo que nos conduciría a la conclusión de que sería posible demandar el total. Pero pesa más en nuestro ánimo la circunstancia de que la solidaridad es excepcional, que requiere un texto legal para que exista, texto que no encontramos, y que, por el contrario, los artículos 1,521 y 1,533 parecen excluirla, todo lo cual nos mueve a decidir que de cada deudor culpable o moroso sólo puede demandarse la cuota en la totalidad de los perjuicios.

(78) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1224, pág. 315.

(79) Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 311, pág. 309.

(80) El problema de los perjuicios en las obligaciones solidarias puede presentarse no tan sólo a consecuencia de la pérdida de la cosa debida, sino también por incumplimiento de la obligación. Sin embargo, ambos casos deben regirse por las mismas reglas.

Como lo ha hecho presente la Corte de Apelaciones de Santiago (71), esa disposición establece que la ampliación de plazo extingue la responsabilidad de los fiadores, pero no la de los deudores solidarios.

La confusión que se opera entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor también extingue la obligación respecto de todos. En forma indirecta lo establece así el artículo 1,668, al manifestar que si se opera confusión entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, puede éste repetir contra los otros por la parte o cuota que en la deuda les corresponda. Esto significa que la obligación se ha extinguido y que entran a aplicarse las reglas que rigen las relaciones particulares de los deudores entre sí. Difiere en este punto nuestro Código del francés, ya que en éste la confusión operada con respecto a un deudor sólo extingue la obligación hasta la cuota del codeudor solidario con el cual se opera, y la deja subsistente respecto a la cuota de los demás.

Como veremos más adelante, la compensación, una vez alegada por el codeudor solidario que tenga el carácter de acreedor del acreedor común, extingue también la obligación respecto a los demás deudores.

La nulidad de la obligación, si se declara por una causal que afecta a los vínculos de los distintos deudores, por ejemplo objeto ilícito, extingue la obligación respecto de todos; pero si ella se funda en una razón que sólo concurre en alguno de los codeudores, por ejemplo la incapacidad relativa, entonces la obligación no se extingue con respecto a los otros.

Si el acreedor remite la obligación a todos los deudores, queda ella irrevocablemente extinguida; pero si hace la remisión a uno solo de ellos, en conformidad al artículo 1,518 no puede ejercitar la acción del artículo 1,514 contra los otros codeudores, sino con deducción de la parte o cuota del deudor remitido.

Como una consecuencia de que en la solidaridad existe unidad en la prestación, producida la pérdida fortuita de la cosa debida, la obligación se extingue respecto de todos los deudores. Decimos pérdida fortuita, porque si ella es culpable rigen otras reglas, que consideraremos al estudiar el artículo 1,521.

Con respecto a la transacción que pueda producirse entre el acre-

(71) Sentencia de 18 de octubre de 1882, Gaceta de los Tribunales de 1882, sentencia N.º 2652, pág. 1490. Con razón dice el fallo que si el acreedor puede renunciar a la solidaridad con respecto a un deudor, con mayor razón lo podrá ampliar el plazo de la obligación.

dor y uno de los deudores solidarios, hay una excepción a los principios anteriormente expuestos, pues por regla general ella no extingue la obligación de los otros codeudores, "salvos, empero —como dice el artículo 2,461—, los efectos de la novación en el caso de la solidaridad". A través de los proyectos de Código se ven claramente las vacilaciones del señor Bello en esta materia. En el Proyecto de 1841 a 1845 decía que la transacción aprovechaba a los codeudores solidarios de la misma manera que la remisión; en el artículo 466 del Proyecto de 1846 a 1847 se contentó con manifestar que la transacción no producía efecto sino entre los contratantes, y, finalmente, en el artículo 2,642 del Proyecto de 1853 establecía que ella aprovechaba a los codeudores solidarios en cuanto a la parte que tuviera en la deuda el que hizo la transacción.

La regla de que la transacción no produce efecto sino entre los contratantes se basa en el hecho de ser un contrato intuito persona, como expresamente lo reconoce el artículo 2,456. Esta es la razón dada por Delvincourt, a quien Bello siguió muy de cerca en esta materia (72).

Sin embargo, el artículo 2,461 formula el citado principio dejando a salvo los efectos de la novación en el caso de la solidaridad. Esta salvedad queda suficientemente explicada por el carácter complejo que presenta la transacción, ya que es posible que concurren con ella otras instituciones jurídicas, como ser la novación. Así, si se demanda a uno de los deudores la entrega de cien fanegas de trigo que se adeudan solidariamente y se transige el juicio, comprometiéndose el deudor demandado a pagar una suma de dinero, hay en ello una verdadera novación, que conforme al artículo 1,645 liberta a los otros codeudores solidarios.

Por las consideraciones que preceden, estimamos que viola abiertamente el artículo 2,461 un fallo de la Corte de Iquique que declaró que si se cobraba a un deudor solidario \$ 7,410 y se transigía en \$ 5,000, no podía demandarse el saldo al otro codeudor (73).

58. 3.º) La interrupción de la prescripción que se opera en uno de los deudores solidarios perjudica a los otros.—Tratán-

(72) En nota puesta al margen del artículo 2,642 del Proyecto de 1853, Bello cita a este autor (o. c., tomo III, nota 6, pág. 136).

(73) Sentencia de 23 de abril de 1915, Gaceta de los Tribunales de 1915, sentencia N.º 129, pág. 603.

se dicta en un juicio contra aquellos codeudores que no han sido parte en él.

La jurisprudencia y los autores franceses en su mayoría se inclinan por la afirmativa (62). Además, hoy en día ha caído en des crédito la doctrina que distingue si la sentencia ha sido favorable o desfavorable para los deudores, concediéndole el valor de cosa juzgada sólo en el primer caso (63).

Aplicando la doctrina del mandato tácito y recíproco que liga a los deudores, es evidente que la sentencia dictada contra uno de ellos tiene que producir efecto de cosa juzgada con respecto a los otros, ya que existiría identidad legal de persona en ambos juicios. Refuerza esta misma conclusión el hecho de que el artículo 2,354 señale la cosa juzgada como una excepción real, que en consecuencia pueden oponer todos y cada uno de los deudores solidarios. Y si ellos pueden hacer uso de la cosa juzgada para defenderse cuando les es favorable, es lógico que también pueda invocarse en su contra cuando los condene.

Naturalmente, la cosa juzgada debe entenderse, como dicen Planiol y Ripert (64), sin perjuicio de las excepciones personales que puedan oponer los otros deudores y del derecho para invocar la colusión que pueda haber existido entre el acreedor y el deudor vencido.

Hemos visto que la sentencia que se dicta contra uno de los deudores produce cosa juzgada contra los otros. ¿Será esta misma la solución para el caso en que uno de los deudores someta a arbitraje los diferendos con el acreedor? La Corte de Santiago ha estimado que no, basándose en que la jurisdicción arbitral es voluntaria y que sólo obliga a las partes que han constituido el compromiso. Creemos que esta doctrina no se ajusta a la ley. Aplicando la teoría del mandato que liga a los deudores tenemos que concluir que el arbitraje pactado por el acreedor con uno de los deudores obliga a los otros (65).

(62) Planiol y Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo VII, N.º 1086, pág. 396; Josserand, o. c., tomo 2, N.º 768, pág. 418; Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1229, pág. 322.

(63) Aubry et Rau, *Cours de Droit Français*, tomo V, párrafo 298, nota 52.

(64) O. c., tomo VII, N.º 1086, pág. 396.

(65) La sentencia es de 19 de julio de 1899, *Gaceta de los Tribunales* de 1899, sentencia N.º 403, pág. 337. Este fallo va contra el pensamiento manifestado por la Corte Suprema (ver infra N.º 64) en orden a que, prorrogada la jurisdicción del tribunal con respecto a uno de los deudores, se entienda prorrogada con respecto a los otros. Los casos son muy semejantes y debieran resolverse con el mismo criterio.

56. El privilegio de que goza el acreedor, ¿puede invocarse respecto de todos los deudores solidarios?—La cuestión de si el acreedor puede invocar el privilegio sobre los bienes de cualquiera de los deudores ofrece el más alto interés, y, cosa curiosa, no la hemos visto dilucidada por los autores.

En nuestro concepto, el problema no admite una solución uniforme, sino que es necesario hacer una distinción, autorizada por el hecho de que en la solidaridad existe diversidad de vínculos, según que la solidaridad interese a todos los deudores o sólo a alguno de ellos.

Si el vínculo que une a los deudores es de la misma naturaleza y todos ellos tienen interés en la deuda —circunstancias que por lo general concurrirán cuando la solidaridad emana de la ley—, no cabe duda de que el acreedor podrá invocar contra todos y cada uno de ellos el privilegio. Tal acontece, por ejemplo, en el caso de pluralidad de curadores. Sabemos por una parte que, conforme al artículo 419, existe entre ellos y con respecto al pupilo responsabilidad solidaria, y, por la otra, que el crédito del pupilo goza de un privilegio de cuarta clase (artículo 2,481). Pues bien, no puede dudarse que el pupilo podría invocar el privilegio contra cualquiera de los curadores. Otro tanto acontecería si el Fisco, por impuestos que adeudase una sociedad colectiva comercial, demandare a alguno de los socios, pues sin duda podría invocar contra éste su crédito de primera clase establecido en el artículo 2,472.

Pero bien puede acontecer que el vínculo que une a los deudores sea de distinta naturaleza y que alguno de ellos no tenga interés en la deuda. En este evento, ¿podría invocarse el privilegio respecto de todos? Refiriéndonos al caso de los curadores que existen en número de dos o más, supongamos que un tercero que no tiene este carácter se constituye codeudor solidario para responder ante el pupilo. ¿Se podría invocar el privilegio en los bienes de dicho tercero? En nuestra opinión no sería posible, porque el vínculo que une al pupilo con el tercero no lleva aparejado el privilegio; y no se diga que va contra derecho afirmar que el vínculo de uno de los deudores puede gozar de privilegio y el de los otros no, porque, como vimos, es un principio fundamental en materia de solidaridad que los vínculos que unen a los deudores con el acreedor pueden ser de distinta naturaleza. Además de esto, cabe agregar en favor de nuestra tesis que si se decidiese que puede invocarse el privilegio contra el deudor que no tiene interés en

“pa o de mora, al deudor culpable (el artículo 1,205 corresponde al 1,521 de nuestro Código). La verdadera fórmula sería aquella que diera a los co-deudores el poder de representarse los unos a los otros para salvaguardar los intereses legítimos del acreedor: la sociedad de co-deudores existe para el acreedor, no para los asociados”. (54).

Nuestra jurisprudencia ha acogido sin reserva la doctrina del mandato tácito y recíproco. En sentencia de 8 de abril de 1919, la Corte Suprema dijo: “... el deudor representa por el ministerio de la ley a sus co-deudores solidarios”. Después el mismo tribunal, en fallo de 10 de julio de 1920, considerando 2.º, manifestó: “Que las obligaciones solidarias producen diversos efectos que se encuentran determinados en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, conforme a los cuales los actos ejecutados por uno de los deudores favorecen o perjudican a los demás, estableciendo de este modo una representación recíproca entre ellos en sus relaciones con el acreedor, que hace que el acto de uno produzca los mismos efectos que si se hubiere ejecutado personalmente por los otros”. Finalmente insistió en la misma idea al decir en el considerando 4.º de una sentencia de 24 de septiembre de 1929: “Que en el examen de esta cuestión procede observar desde luego que la solidaridad produce ciertos efectos secundarios, como son los indicados en los artículos 1,521 y 2,519 del Código Civil, que no podrían explicarse satisfactoriamente sin admitir, como lo admite la doctrina y la jurisprudencia, una mutua representación entre los co-deudores”. (55).

Algunos autores han estimado que nuestro Código no acoge la doctrina del mandato tácito y recíproco (56). Se basan, para así pensar, en las notas puestas por don Andrés Bello al margen del artículo 6.º del Título VIII del Libro de las obligaciones y de los contratos del Proyecto de 1841 a 1845 y del artículo 1,690 del Proyecto inédito, disposiciones que corresponden al inciso 2.º del actual artículo 1,513, según el cual la remisión, la compensación, la novación de la deuda que interviene entre el deudor y uno de los acreedores extingue la obliga-

(54) O. c., tomo II, N.º 419, pág. 769.

(55) Por el orden en que aparecen citadas: Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 4377, pág. 152; Gaceta de los Tribunales de 1920, 2.º semestre, sentencia N.º 2, pág. 12; Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.º semestre, sentencia N.º 18, pág. 88 y “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 513.

(56) Arturo Alessandri R., “Teoría de las obligaciones”, pág. 250.

ción respecto de los otros. La primera de las notas es del tenor siguiente: “En este punto hay diferencia entre el Derecho Romano y el adaptado por los franceses. Entre los romanos, cada acreedor solidario era mirado respecto del deudor como propietario único de la deuda. Entre los franceses, cada acreedor no es, ni aun respecto del deudor, propietario del crédito, sino relativamente a su parte, y en lo demás no se le mira sino como un mero mandatario de sus co-acreedores”. En la segunda se dice: “El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano. Véase Delvincourt N.º 7 a la página 140”.

Consideramos que las notas transcritas no constituyen un antecedente suficiente para concluir que nuestro Código repudia la doctrina del mandato entre los deudores. Es necesario dar a ese antecedente histórico su debido alcance, sin generalizarlo. Lo que dicen las notas es que en materia de solidaridad de acreedores se sigue un sistema distinto al Código francés, al permitir que la remisión, novación o compensación operada entre el deudor y uno de los acreedores extinga la obligación respecto de todos. Pero de ello no puede concluirse que en la solidaridad pasiva acontezca otro tanto. La misma nota así lo indica, pues dice “en este punto”, con lo que queda en claro que se refiere a un principio de aplicación restrictiva. Además, cabe observar que la forma como reglamentan el Código francés y el nuestro la solidaridad pasiva es muy semejante; sus disposiciones, salvo marcadas excepciones, son casi iguales. El propio Bello señala como fuente de muchas ellas el Código de Napoleón. Todo está indicando que ambos Códigos se inspiran en los mismos principios (57).

Habiendo visto ya como pretende la doctrina explicar los efectos de la solidaridad, pasemos a estudiar ahora cada uno de ellos en particular.

54. 1.º El acreedor puede demandar el total de la obligación de todos los deudores conjuntamente o de cualquiera de ellos en particular.—Este primer efecto de la solidaridad, sin duda

(57) Claro Solar, o. c., tomo X, N.º 473, pág. 422, no dice que nuestro Código repudie la teoría del mandato; pero, siguiendo a Laurent, cree que no hay necesidad de recurrir a ella para explicar los efectos de la solidaridad, para lo cual basta con el doble principio de unidad de la prestación y pluralidad de vínculos que existe en esta clase de obligaciones.



de la ley, es sin duda robustecer la responsabilidad de los contratantes (47).

49. La solidaridad puede establecerse en actos distintos.—Por regla general la solidaridad se estipulará en el mismo acto en que se contrae la obligación. Pero, en nuestro concepto, no habría inconveniente para pactarla con posterioridad, siendo sí necesario para ello que el segundo contrato haga referencia expresa del primero. No bastaría, en consecuencia, que en una fecha Pedro se obligare a pagar a Juan \$ 1,000 y en una posterior Antonio formulare la misma promesa. En semejante caso habría dos obligaciones, o una obligación conjunta y todavía, de acuerdo con el artículo 1,635, podría existir novación por cambio de deudor si Juan diere por libre al primitivo deudor, es decir, a Pedro (48).

50. La solidaridad puede tener distinta causa para los deudores.—Los deudores pueden obligarse por causas distintas. Se confirma esta apreciación con el artículo 1,522, que se pone en el caso que la obligación solidaria sólo interese a uno o algunos de los deudores. Así por ejemplo, si a una persona le facilitan una cantidad de dinero en mutuo y otra se constituye responsable de su devolución, obligándose solidariamente con aquélla, la causa de su obligación para la primera es la entrega del dinero, y para la segunda, la mera liberalidad, hacer un servicio o la prestación a que se obligue el deudor para con él a fin de que acceda a constituirse como codeudor solidario.

(47) A pesar de este buen espíritu los autores clásicos critican esas decisiones, por ejemplo Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 284, pág. 285.

(48) Entre los autores, el punto es materia de discusión. Laurent simplemente rechaza que pueda resultar la solidaridad de actos distintos (o. c., tomo XVII, N.º 255 y 277). Otros estiman que existiría solidaridad imperfecta. Finalmente, Duranton, Demolombe, Demante y Colmet de Santerre participan de nuestra opinión (citados por Dalloz, o. c. sobre el artículo 1,197 N.º 35 a 37). Nuestra jurisprudencia acepta tal solidaridad. Ver, por ejemplo, sentencia de la Corte de Concepción de 5 de junio de 1919 (Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 1289, pág. 979), aún cuando ella da por sentado el punto sin dilucidarlo. En cambio, la Corte Suprema, en fallo de 24 de abril de 1929 (Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.º semestre, sentencia N.º 18, pág. 88), sostiene abiertamente nuestra opinión, al decir en una parte del considerando 4.º: "... es necesario que estos dos contratos (se refiera a aquellos en que se contrae la obligación) queden unidos entre sí por una mutua correlación, formando uno solo, mediante la referencia del primero al segundo y del segundo al primero".

51. La prueba de la solidaridad se rige por las reglas generales.—No es forzoso que la solidaridad se establezca por escrito. No hay inconveniente para que se pacte en forma verbal y llegado el caso se acredite por los distintos medios probatorios establecidos por el legislador. Naturalmente, en este caso rigen las limitaciones de la prueba testimonial contenidas en los artículos 1,708 y siguientes, y, en consecuencia, no sería admisible la prueba de testigos si se tratase de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de \$ 200, como tampoco si habiendo constancia en el contrato de que la obligación es simplemente conjunta, se pretendiere acreditar que se pactó solidaridad.

52. La solidaridad en materia mercantil.—En el Código de Comercio no se establecen reglas que modifiquen los principios del nacimiento de la solidaridad que contempla el artículo 1,511, y, por consiguiente, al igual que en materia civil, ella sólo existirá en virtud de un texto legal o del acuerdo expreso de las partes.

Los casos de solidaridad en materia comercial son abundantes, y ello se explica por la seguridad que requiere el comercio. Principalmente los encontramos en materia de letras de cambio y de sociedades (49).

En el Derecho francés se ha entendido que el precepto del artículo 1,202 del Código Civil, según el cual no se presume la solidaridad, no se aplica en materia mercantil. Se funda esta decisión en que las antiguas costumbres así lo establecían y que en el seno de la discusión de ese Código quedó en claro el espíritu de no innovar sobre el particular (50).

(49) Por vía de ejemplo pueden citarse los siguientes artículos del Código de Comercio que establecen responsabilidad solidaria: 290, 370, 386, 441, 464, 474, 477, 485, 501, 502, 663, 680, 687, 704 y 705.

(50) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1175, pág. 277. Aisladamente, Laurent combate esta doctrina, o. c., tomo XVII, N.º 285, pág. 287.

Recalquemos, como lo hace el legislador, que para que se produzca la responsabilidad solidaria es necesario que las distintas personas sean autores o cómplices de un mismo delito (41 bis). Por consiguiente, ella no existiría si lo fueran de dos delitos distintos, como por ejemplo si a una persona un individuo le roba la cartera y otro le ocasiona lesiones en el mismo instante.

Excepcionalmente no existe esta responsabilidad solidaria, no obstante que varias personas cometan un acto ilícito, en los casos de los artículos 2,323 y 2,328. El primero de ellos se refiere a los daños que puede ocasionar la ruina de un edificio, y declara que si éste pertenece a dos o más personas proindiviso se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio. El segundo, ocupándose de los daños que se produzcan por arrojar o dejar caer alguna cosa de la parte superior de un edificio, dice que la indemnización se dividirá entre todas las personas que habiten en la misma parte del edificio, salvo que se pruebe que se debe al hecho de una sola, en cuyo caso ésta sola será responsable.

En el Código francés no existe una disposición semejante al artículo 2,317, por cuyo motivo algunos comentaristas declaran simplemente conjunta la responsabilidad que afecta a los que han cometido un delito o cuasidelito civil (42). Pero la mayoría, no obstante la falta de un texto legal, admite la solidaridad (43).

#### 46. La indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. ¿Es solidaria?—Para resolver acertadamente la cues-

(41 bis) La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2 de octubre de 1939, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección segunda, pág. 5, ha declarado que la responsabilidad de los cómplices, es igual a la de los autores, y, por lo tanto, solidaria.

(42) Toullier, o. c., tomo XI, N.º 161; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 318 y siguientes, págs. 318 y siguientes.

(43) Entre los autores que aceptan la solidaridad hay una discrepancia. Algunos estiman que existiría solidaridad perfecta, por ejemplo Delvincourt (Cours de Code Civil, tomo II, pág. 498). En cambio, otros, como Baudry-Lacantinerie (o. c., tomo II, N.º 1301 y 1302), estiman que sólo habría solidaridad imperfecta. Según la doctrina, esta última solidaridad, como veremos más adelante (N.º 67), sólo produce el efecto principal—esto es, demandar el total de la obligación,—pero no los secundarios. Jossierand (o. c., tomo II, N.º 785, pág. 427), funda la solidaridad en que la integridad de los perjuicios puede atribuirse a la culpa de cualquiera de los autores del delito o del cuasidelito, de modo que entre cada culpa y la totalidad del daño hay una relación directa y necesaria.

tión propuesta es necesario distinguir entre el incumplimiento originado por el dolo o la culpa grave de parte de los deudores, de aquel en que éstos han incurrido en culpa leve o levisima.

En caso de incumplimiento doloso, en nuestro concepto la responsabilidad es solidaria, a virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 2,317, que establece que todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce acción solidaria para indemnizar los perjuicios ocasionados. Este inciso no puede sino referirse a la responsabilidad contractual; interpretado de otra manera no tendría razón de ser, ya que en el inciso 1.º la disposición se ha ocupado de la responsabilidad extracontractual que emana del dolo, estableciendo también la solidaridad.

A la misma conclusión debemos llegar si los deudores han incurrido en culpa grave, dado que en conformidad al inciso 2.º del artículo 44 esta especie de culpa, en materia civiles se equipara al dolo.

Distinta es la solución si el incumplimiento se debe a culpa leve o levisima, pues en este caso, de los artículos 1,533 y 1,521 se desprende que no existe acción solidaria contra los infractores de la obligación. En efecto, el primero establece que es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible y ninguno de los deudores está sujeto a ella sino en la parte que le quepa; pero si uno solo es el culpable, sólo él será responsable de los perjuicios. Y el segundo, agrega que si la cosa debida solidariamente perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios la acción de perjuicios no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso.

Sin embargo, no sería aventurado afirmar que en los Proyectos de Código la responsabilidad por los perjuicios derivados del incumplimiento culpable se establecía con el carácter de solidaria. En efecto, el N.º 3.º del artículo 1,526 del Código actual establece que "aquél de los codeudores por cuyo hecho o culpa se haya hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor". Con razón se ha criticado el empleo de la expresión *solidariamente* que usa el artículo, pues, si hay un solo responsable, no puede existir solidaridad, ya que ella supone pluralidad de deudores. Pero esta expresión tiene una razón de ser histórica. En el artículo 1,704 del Proyecto inédito y del Proyecto de 1853, la disposición empezaba diciendo: "Aquéllos de los herederos

divisible, el acreedor puede exigir, por el ministerio de la ley o por la convención, el total a cada uno de ellos, y el pago que haga cualquiera de los deudores extingue la obligación respecto de todos.

40. **Requisitos. Su enumeración.**—De lo dicho se infiere que para que exista solidaridad es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.º) pluralidad de deudores; 2.º) unidad de prestación de una cosa divisible, y 3.º) que se haya establecido en un acuerdo de las partes o en un texto legal.

41. **1.º Pluralidad de deudores.**—La solidaridad presenta importancia cuando existe pluralidad de deudores, ya que su principal efecto es poder demandar el total a cada uno de ellos. Si sólo existe un deudor, no cabe hablar de solidaridad, aun cuando a él se le puede demandar el total de la obligación, a virtud de que en conformidad al artículo 1,591 el acreedor no está obligado a recibir el pago por parcialidades.

42. **2.º Unidad de prestación de una cosa divisible.**—En las obligaciones solidarias la cosa debida debe ser una misma y divisible. Si se tratara de objetos indivisibles, la obligación tendría el carácter de indivisible, y este carácter puede presentarse independientemente de su naturaleza de solidario, como expresamente lo dispone el artículo 1,525. Y se requiere además que la cosa debida sea una misma, pues si ellas fueren varias estaríamos en presencia de obligaciones conexas, en las que existirán tantas obligaciones como objetos hubiere.

A virtud de no existir la unidad de prestación proclamada por el artículo 1,512, la Corte Suprema resolvió que si una persona se obligaba a entregar a otra tres películas y un tercero a pagar \$ 20,000 en caso de incumplimiento, para cuyo efecto se constituía en fiador y co-deudor solidario, no existía solidaridad, ya que la cosa debida era distinta (31).

43. **En la solidaridad existen tantos vínculos cuantos sean los deudores. Aplicaciones que tiene este principio.**—Si bien se exige que haya unidad de prestación, la cosa puede deberse de distin-

(31) Sentencia de 13 de diciembre de 1934. "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXII, segunda parte, sección primera, pág. 188.

tas maneras, como dice el citado artículo 1,512. Ello se explica porque en la solidaridad hay tantos vínculos cuantos sean los deudores. Este principio fundamental es expuesto por Pothier en los siguientes términos: "Se dirá tal vez que repugna que una sola y misma obligación tenga cualidades opuestas; que sea pura y simple con relación a uno de los deudores, y condicional respecto a otro. La respuesta dice que la obligación solidaria es en verdad, una, en relación a la cosa de que ella es objeto, el sujeto y la materia; mas está compuesta de tantos lazos cuantas sean las personas diferentes que la han contratado; y siendo estas personas diferentes entre sí, los lazos que las obligan son otros tantos lazos diferentes, que pueden por consiguiente tener cualidades diferentes". Y más adelante agrega: "La obligación es una con relación a su objeto, que es la cosa debida; mas, con relación a las personas que la han contratado, puede decirse que hay tantas obligaciones como personas obligadas" (32).

El principio enunciado tiene gran importancia, recibe muchas aplicaciones y nos servirá para resolver más de alguna dificultad con que nos encontraremos en el desarrollo de la materia (33).

En virtud de la pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad es posible, como decía Pothier y lo declara el artículo 1,512, que la obligación sea pura y simple respecto de uno de los deudores y condicional o a plazo respecto de los otros; o que sea civil para uno y mercantil para otro (34); que puedan existir causales de nulidad que concurren en uno de los deudores y no en los demás, por ejemplo las derivadas de la incapacidad o de vicios del consentimiento (35); que sólo uno de los deudores otorgue una garantía, sea ella prenda, hipoteca o fianza, caso este último contemplado en el artículo 2,372; que los deudores tengan distintos domicilios (36); que si el acreedor demanda a uno de los deudores y éste no satisface la totalidad de la obligación, conserve íntegra su acción para dirigirse contra los otros, con-

(32) Tratado de las obligaciones, tomo I, N.º 263, pág. 215.

(33) Así por ejemplo, ver infra N.º 56, donde analizamos la cuestión del privilegio que el acreedor puede invocar contra los códeudores solidarios, punto que se resuelve en nuestro concepto con este principio.

(34) Dalloz, o. c. sobre el artículo 1,201, N.º 3.º.

(35) Jossierand, Cours de Droit Positif Français, tomo II, N.º 765, pág. 415; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 286, pág. 287.

(36) Así lo han declarado la Corte de Talca y la Corte Suprema: sentencias de 7 de mayo de 1919 y 10 de julio de 1920, Gaceta de los Tribunales de 1919, 2.º semestre, N.º 1,289, pág. 979, y Gaceta de los Tribunales de 1920, N.º 2, pág. 12, respectivamente.

ya que, como tendremos ocasión de ver, son cuantiosísimos los capitales que se encuentran colocados con garantía hipotecaria.

9. **División de la materia.**—El presente libro lo dividiremos en dos partes. En la primera nos ocuparemos de las cauciones personales y estudiaremos en capítulos sucesivos la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza. La segunda parte la reservaremos a las cauciones reales, dividiéndola a su vez en dos capítulos, en el primero de los cuales trataremos la prenda y en el segundo la hipoteca (3).

## CAUCIONES PERSONALES

### I. LA CLAUSULA PENAL

(3) Hay otras cauciones en el campo del Derecho además de las que serán objeto especial de nuestro estudio. Por ejemplo, la anticresis, las arras, la promesa de hecho ajeno, la indivisibilidad de pago, el pacto de retroventa, el caso del art. 2,152. Por no ofrecer tanto interés o por no constituir alguna una institución, no las estudiaremos particularmente. No obstante, más de alguna vez nos referiremos a ellas en el desarrollo de la materia.

más mínimo el derecho de prenda general: porque lo que responde del cumplimiento de las obligaciones de una persona es su patrimonio, pero no los bienes determinados que lo componen al momento de nacer el vínculo jurídico.

2. **Insuficiencia del derecho de prenda general como garantía para el acreedor.**—En el patrimonio del deudor ejercita el acreedor los derechos que le concede la ley. En él va a solicitar la ejecución forzada de la obligación o la indemnización de perjuicios.

Pero salta a la vista que, como garantía para el acreedor, este derecho es insuficiente, porque él no evita las disminuciones del patrimonio del deudor, provocadas ya por negligencia de éste en ejercitar ciertos derechos o por las enajenaciones fraudulentas que pueda hacer. Ciertamente para estos eventos el acreedor podrá entablar la acción oblicua y la acción pauliana; pero su ejercicio demanda tiempo y dinero y en ciertos casos será un remedio tardío. A esto agreguemos que mediante estas acciones no se impide la insolvencia del deudor producida, no ya por acciones u omisiones maliciosas de su parte, sino lisa y llanamente por negocios desafortunados.

3. **Las garantías o cauciones suplen esta insuficiencia.**—Habiendo las consideraciones anteriores, era imprescindible en el campo del derecho idear instituciones que suplieran las insuficiencias del derecho de prenda general. Ello se ha conseguido mediante las garantías o cauciones.

En términos amplios, las garantías constituyen los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor. Por su parte, la caución se halla definida en el artículo 46 del Código Civil (1) como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena". Y agrega: "Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías —y de innegable eficacia— que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma, garantía es el género y caución es la especie.

(1) Cada vez que mencionemos un artículo sin indicar a cual cuerpo de leyes pertenece, debe entenderse que lo es el Código Civil chileno.

4. **Clasificación de las cauciones.**—Para determinar la forma como las cauciones aseguran los derechos del acreedor, es necesario distinguir entre cauciones personales y cauciones reales. Se agrupan entre las primeras la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza; y, entre las segundas, la prenda, la hipoteca y la anticresis.

5. **Cauciones personales.**—En las cauciones personales la mayor seguridad del acreedor consiste en que éste va a tener el derecho de prenda general, no únicamente sobre el patrimonio del deudor, sino también sobre el patrimonio de los codeudores solidarios o de los fiadores, los que en cuanto a su número pueden ser ilimitados. De esta manera las posibilidades de insolvencia disminuyen notablemente, y serán más remotas cuanto mayor sea el número de codeudores solidarios o de fiadores, pues bastará con que uno de los que concurren a la obligación conserve floreciente su patrimonio para que el acreedor pueda hacer efectiva en él la obligación.

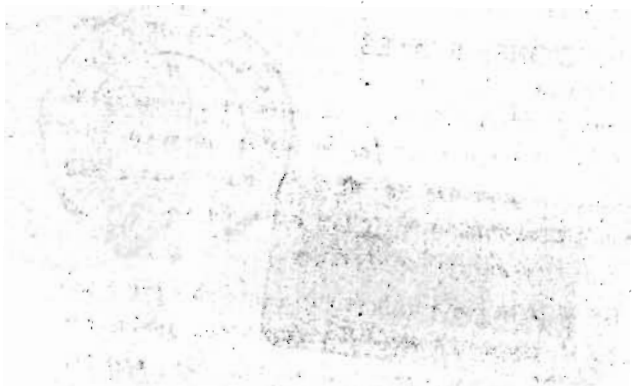
En las cauciones personales no se toman en cuenta bienes determinados que posea el que garantiza la obligación, sino que su solvencia, y, en cierto aspecto, muy importante, un factor subjetivo: la confianza que merezca al acreedor la persona del fiador o codeudor. Bien puede que éstos, al contraer la obligación, carezcan de bienes; pero, llegado el momento de responder por el deudor, para hacer fe a su palabra sabrán arbitrar los medios necesarios.

De estas dos cauciones ofrece mayores ventajas la solidaridad pasiva, porque el codeudor solidario no goza de los beneficios de excusión y división de que se halla premunido el fiador y que debilitan la posición del acreedor. Sin embargo, como veremos más adelante, las cauciones señaladas no son antagónicas, sino que pueden combinarse, dando nacimiento así a la fianza solidaria.

La cláusula penal difiere en cierto modo de la fianza y de la solidaridad pasiva. Si la obligación penal la contrae un tercero, presenta mucha semejanza con ellas, porque el acreedor también dispondrá de dos patrimonios: el del deudor para hacer efectiva la obligación principal, y el del tercero para reclamar el pago de la pena. Pero si a ésta se sujeta el propio deudor, entonces la garantía debemos buscarla en algo distinto: en el hecho que aquél, para no incurrir en la pena, lo que en ciertos casos puede significarle un doble pago, pondrá mayor cuidado y esmero en el cumplimiento de la obligación.

1985-

Julio 31  
CATALOGADO



Es propiedad  
Inscripción N.º 9603

030302

N.º 2143

Impreso en los talleres de  
la Editorial Nascimento  
— A humada 125 —  
Santiago de Chile, 1943.

## PROLOGO

En 1940 dictamos en la Universidad, la Cátedra de Derecho Civil Comparado y Profundizado. En élla el profesor desarrolla durante el año un tema que juzgue de interés. Nosotros, en aquella oportunidad elegimos las cauciones atendida la importancia práctica y doctrinaria que representa su estudio.

Terminado el curso nos encontramos con un buen material de investigación sobre el tema abordado, y pensamos que nuestro esfuerzo, si bien lo consideramos suficientemente recompensado con haber hecho el curso a satisfacción de los alumnos, podíamos aprovecharlo en publicar un libro. Teníamos para ello una buena base. Continuamos trabajando e investigando, y así se gestó y nació el "Tratado de las cauciones".

En el desarrollo de la materia hemos considerado principalmente el aspecto práctico de las múltiples cuestiones que se presentan. Y dentro de esta orientación le hemos dado un papel preponderante al estudio y análisis de la jurisprudencia que representa, si así pudiéramos decir, el derecho vivido en donde mejor se puede palpar su constante evolución. Sin embargo, no hemos descartado completamente las cuestiones doctrinarias, por cuanto la teoría en muchos casos da directivas generales que sirven de derrotero para solucionar más de algún problema jurídico.

Completamos la obra con tres índices: de artículos, analítico y alfabético de materias. Este último quizás a primera vista