

## LA FIANZA<sup>1</sup>

El Art. 2335 define la fianza como una obligación accesoria en virtud del 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. (Impropiedad al definirla como obligación, pues en verdad es un contrato).

El Art. 2336 comete otro error al decir que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, pues hemos dicho que es un contrato. Más bien la norma citada debe referirse a la fuente de la obligación de rendir una fianza.

La característica fundamental de la fianza es que constituye una caución personal, pues pone a disposición del acreedor un patrimonio de un tercero para el evento que el deudor principal no cumpla. El fiador no es deudor directo, sino subsidiario.

- ***Paralelo entre la fianza y la codeudoría solidaria:***

- En las obligaciones solidarias todos los obligados son deudores principales y directos; en cambio en la fianza el fiador es deudor subsidiario. Por ello, el codeudor solidario no goza de beneficio de división y de excusión.
- En la solidaridad, debe ser una misma la cosa debida por todos los deudores. En cambio en la fianza la obligación del fiador siempre será la de pagar una cantidad de dinero, aunque afianza una obligación de hacer.
- Ambas son cauciones personales.

- ***CARACTERISTICAS.***

1. Es un contrato consensual, sin embargo, hay fianzas solemnes, como la mercantil que debe constar por escrito. También es solemne la fianza que rinde el tutor o curador, pues requiere decreto judicial y sólo en los casos del artículo 404 del CC. En todo caso, está sujeta a la limitación de prueba del art. 1708 del C.C.

---

<sup>1</sup> Apunte preparado por la Profesora Alejandra Aguad D. Facultad de derecho UDP.

2. En principio es unilateral: el único que resulta obligado es el fiador, pero podrá ser bilateral si el acreedor asume alguna obligación.
3. Es gratuito, porque el único que reporta beneficio es el acreedor. (La fianza es un contrato entre fiador y acreedor. Art. 2345) Esto no significa que las fianzas no puedan ser remuneradas. Puede suceder que el deudor pague al fiador una remuneración por el servicio que le presta.
4. Es un contrato accesorio. Art. 2335. Una consecuencia de esto es que la forma que se obliga el fiador nunca puede ser más gravosa que la deuda del deudor principal. Esto no significa que no puede ser obligado en términos más eficaces, por ej.: cuando es fiador hipotecario (ART. 2343 y 2344).
5. Es un contrato patrimonial en el cual las obligaciones del fiador son transmisibles a sus herederos. Art. 2352.
6. Es una obligación que, por regla general, (salvo que se estipulen modalidades) nace pura y simplemente y se podrá hacer efectiva desde el vencimiento de la obligación principal.

- **CLASIFICACIÓN.**

**A) En cuanto a su origen (art. 2336), legal convencional o judicial:** La fuente del cual emana la obligación del deudor principal de rendir fianza (no se refiere al origen de la obligación del fiador, pues es siempre convencional)

1. Legal. Ej. Art. 89, 374, 775. (Hay ciertos actos a los cuales la ley le da el carácter de fianza. Por ej.: el endoso de un cheque al portador y el aval de un pagare o letra de cambio)
2. Convencional
3. Judicial. Se hacen por orden del juez y requieren texto expreso (Art. 932, 755 y 1315).

Los efectos de la fianza cuya fuente sea cualquiera de las anteriores son los mismos. Se rigen por los mismos textos y normas legales, salvo ciertas diferencias:

- En la judicial no cabe el beneficio de “excusión”. Art. 2358 N° 4)
- En la legal y judicial pueden ser reemplazadas dando prenda o hipoteca suficientes. (Art. 2337).

## **B) Fianza simple y fianza solidaria.**

1. Fianza simple. Proceden los beneficios de excusión y de división.

2. Fianza solidaria. Aquí se combinan las dos cauciones personales más importantes (fianza y solidaridad pasiva).

El fiador solidario no goza ni del beneficio de excusión ni del de división.

Pero, además de lo anterior, la cuestión de definir si el fiador solidario es fiador o codeudor solidario es de importancia. Por ejemplo, si entendemos que es codeudor su obligación puede ser más gravosa que la del deudor principal y no goza de la excepción de subrogación del 2355.

Nuestros tribunales generalmente han dado el tratamiento de codeudor solidario al fiador solidario. Sin embargo, parece ser que la doctrina correcta sería la de estimarlo como fiador. Lo que sucede es que el fiador solidario es fiador de toda la obligación principal; se obliga subsidiariamente por el todo.

Según Pescio, esta opinión encuentra sustento en el art. 2367 que 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 art. 1514 no tenía que haber hecho la salvedad para el caso en que se hubiere pactado solidaridad.

- *El tercero que se obliga como fiador y codeudor solidario.*

Tiene más aplicación que la fianza solidaria. Aquí se aplican claramente las reglas de la solidaridad. La razón de que el tercero se constituya además como fiador tiene explicación en el art. 1522. Si el codeudor solidario no tiene interés en la deuda que garantiza, en sus

relaciones con el deudor principal se le mira como fiador. De esta manera, la declaración de que una persona se obliga como fiador y codeudor solidario constituye prueba de que no tiene interés en la deuda. En caso contrario, tendría que entrar a acreditar esta circunstancia.

Ahora bien, con respecto al acreedor el fiador y codeudor solidario es simplemente un deudor directo.

En consecuencia, no es lo mismo el fiador solidario del fiador y codeudor solidario.

El fiador solidario no pierde el carácter de deudor subsidiario, ni aún con respecto al acreedor, en cambio el fiador y codeudor solidario en sus relaciones con el acreedor es un deudor directo.

### **C) Fianza personal y fianza prendaria o hipotecaria.**

1. Fianza personal. Aquí el fiador responde con todo su patrimonio.

2. Fianza prendaria o hipotecaria. El fiador constituye además una garantía hipotecaria o prendaria. Por lo tanto concurre una caución personal con una real. La hipoteca o prenda puede tener por objeto garantizar la obligación principal o la obligación subsidiaria del fiador. (Art. 2344)

Si la garantía real se constituye en seguridad de la obligación principal, el fiador no podría oponer el beneficio de excusión, ya que su situación es la misma del que hipoteca un bien propio para seguridad de una deuda ajena. Si, en cambio, se constituye para garantizar su propia obligación subsidiaria, si podría oponer el beneficio de excusión.

### **D) Según las obligaciones garantizadas:**

#### **D.1) Fianza civil o comercial**

Atendiendo a la naturaleza de la obligación garantizada.

- *Importancia:*

- Forma en que se constituye (la comercial es solemne porque debe constar por escrito)
- Prescripción

## **D.2) Fianza limitada o ilimitada.**

1. Fianza limitada: Cuando en el contrato se establecen específicamente las obligaciones de las que responde el fiador, o bien, cuando ella se limita a una cantidad fija de dinero.
2. Fianza ilimitada o indefinida: Es aquella que se extiende a tanto cuanto asciende la obligación principal, con sus intereses, accesorios y costas (Art. 2347). En consecuencia, tiene su límite en la obligación principal y no puede ir más allá de ella. Art. 2343 y 2344 (no puede el fiador obligarse en términos más onerosos que el deudor principal, pero sí en términos más eficaces)

En virtud de este mismo principio, la fianza no puede extenderse más allá del tiempo estipulado y por ello, la ampliación del plazo de la obligación principal, aunque no constituye novación, hace caducar la fianza (Art. 1649)

### **• REQUISITOS DE VALIDEZ DE FIANZA:**

#### **1° El consentimiento del fiador no se presume; ha de ser expreso.**

En la fianza conforme al 2347 C.C. necesario es que la voluntad se manifieste en forma expresa. Esto tiene una razón elemental. El fiador garantiza con su patrimonio una deuda ajena entonces la ley quiere que la voluntad de él quede clara. En cambio el consentimiento del acreedor se rige por las reglas generales. Es decir, el acreedor cuya deuda se está garantizando con la fianza puede manifestar su voluntad de manera expresa, tácita o presunta.

#### **2° Capacidad:**

Rigen las reglas generales. Capacidad para obligarse (de ejercicio)

Sin embargo, el art. 2350 C.C., exige solvencia y domicilio especial. En verdad, estas exigencias únicamente tienen aplicación para casos en que la obligación de rendir fianza nace del cuerpo de la ley, porque establece reglas para calificar al fiador. Por eso, los criterios para calificar la fianza del art. 2350, son propios de la época de dictación del C.C. donde para medir la riqueza únicamente se tomaban en cuenta los bienes raíces.

Tratándose de las personas sujetas a tutela o curatela. (Art. 404). Requiere decreto judicial y la fianza sólo en favor de cónyuge, ascendiente o descendiente y por causa urgente y grave.

Tratándose de la mujer casada en sociedad conyugal, para que el marido obligue los bienes sociales, la fianza debe ser autorizada por la mujer (en caso contrario, sólo obliga sus bienes propios) Art. 1749.

### 3° **Objeto de la fianza:**

Debe consistir en pagar una suma de dinero. El fiador siempre y a todo evento se obliga a pagar una suma de dinero (moneda de curso legal); Art. 2343 inc. 2°.

### 4° **Causa de la fianza**

Estamos frente a un acto abstracto, 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. La obligación del fiador para con el acreedor es entonces abstracta, pues no existe vínculo de orden jurídico entre ellos, y la causa habrá que buscarla en las relaciones entre el fiador y el deudor principal.

Si la fianza es gratuita, la causa de la obligación del fiador será la mera liberalidad.

Si la fianza es remunerada, la causa de su obligación será la obligación de remuneración que, como contrapartida, asumió el deudor. Pero para los efectos del acreedor, la causa de su obligación es extraña, y por tanto, no podrá el fiador excepcionarse de cumplir, alegando que incurrió en error respecto de la persona del deudor principal o que éste no le pagó la remuneración estipulada. Entre fiador y acreedor el acto es abstracto.

### 5° **Existencia de una obligación principal:**

Para la validez de la fianza es necesaria la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento está garantizando.

1. Respecto a la obligación a ser afianzada puede ser cualquiera; hay en ello absoluta libertad. Así, se puede afianzar una obligación pura y simple y también sujeta a modalidad. En estas, la modalidad se comunica, (existe comunicabilidad entre modalidad de la obligación principal y la fianza). En consecuencia, si afianzo una obligación a plazo la fianza es a plazo, igual si es condicional.

También pueden afianzarse obligaciones de dar, hacer o no hacer (Art. 2343)

La fianza también puede garantizar la obligación de un fiador: Se trata de una subfianza (Art. 2335 inc. 2º)

Se puede afianzar a personas jurídicas o naturales y a la herencia yacente (Art. 2346)

2. En cuanto a las obligaciones futuras: Art. 2339 C.C., lo autoriza expresamente. (Es coherente con la definición del art. 1442, por cuanto contrato accesorio es aquel que no puede “subsistir” sin la obligación principal a la que accede).

Es frecuente que los bancos exijan que la fianza se extienda no sólo a la obligación actual afianzada, sino a cualquier futura que el deudor adquiriera con la respectiva institución bancaria.

El fiador siempre respecto de obligación futura tendrá el derecho de retracto que le confiere el art. 2339; esto es, el fiador podrá retractarse de la fianza mientras la obligación principal no exista. Para ello, y para evitar responsabilidad por la retractación frente al acreedor y a terceros de buena fe, el fiador debe dar aviso de su retractación en la forma que dispone el art. 2173. En todo caso, una vez que nace la obligación afianzada, la fianza se torna irrevocable.

No hay plazo para la retractación, pero es necesario que no haya nacido la obligación. Tampoco hay formalidad alguna. Lo normal es la anotación al margen de la escritura de fianza

3. Puede afianzarse una obligación natural. Art. 1472 C.C.

Si se afianza una obligación civil que luego se transforma en natural, la fianza subsiste como natural, por el carácter accesorio: pero si se afianza una obligación natural, entonces la obligación del fiador es una obligación civil perfecta.

• **EFFECTOS DE LA FIANZA:**

- A. Relación fiador y acreedor
- B. Relación fiador y deudor
- C. Relación entre cofiadores.

**A. Relación fiador y acreedor**

a) El fiador que paga antes que sea exigible la obligación:

De conformidad al Art. 2353, fiador puede pagar la deuda aún antes de ser reconvenido en todos los casos en que pudiera serlo el deudor principal. Es decir, estando en condición el deudor principal para efectos de pagar puede hacerlo el fiador. De esta manera, si el deudor principal puede pagar anticipadamente (antes que venza el plazo estipulado) también podrá hacerlo el fiador. Lo mismo si la obligación está sujeta a condición (puede pagar antes de verificarse la condición, pero puede repetir lo pagado por el art. 1485)

Consecuencias de esto:

1. El fiador no puede reconvenir (acción de reembolso) al deudor sino una vez vencido el plazo de la deuda. (Art. 2373)
2. El fiador que paga, sea que lo haga anticipadamente o no, debe dar aviso al deudor. Si no lo hace, el deudor le puede oponer al fiador iguales excepciones que al acreedor. (Art. 2377)

b) Una vez exigible la obligación, pero antes de ser reconvenido, el fiador puede requerir al acreedor para que persiga al deudor:

El fiador tiene esta facultad curiosa del art. 2356 que consiste en decirle al acreedor que se dirija contra el deudor, y si acreedor no lo hace o es negligente para hacerlo, el fiador se libera de responsabilidad por la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo.

c) Una vez exigible la obligación, el acreedor puede dirigirse contra el fiador.

El acreedor ejerce la acción personal que nace del contrato de fianza para perseguir el crédito sobre el patrimonio del fiador.

***¿La caducidad de plazo que pueda producirse con respecto al deudor, afecta o no al fiador?***

La gran parte de la doctrina y jurisprudencia estiman que no lo afecta. Ello, por cuanto el fiador se obliga a pagar al acreedor en caso que el deudor no cumpla en el plazo estipulado, pero no antes de su vencimiento. En consecuencia, los hechos que producen para el deudor la caducidad del plazo son personales suyos y no pueden hacer más gravosa la obligación del fiador. (Este mismo principio inspira el art. 67 de la Ley de Quiebras según el cual la exigibilidad de las obligaciones que se produce como consecuencia de la quiebra sólo se refieren al fallido y

no a los demás obligados al pago; salvo que el fallido fuese un aceptante de una letra de cambio, o suscriptor de un pagaré, pues en tales casos los demás obligados deben pagar inmediatamente).

***¿Es necesario que el deudor esté en mora?***

Somarriva - Pescio, sostienen que no, dado que la definición del 2335 no exige la constitución en mora para entender afianzada la obligación. Basta que el deudor principal no cumpla con la obligación afianzada.

Lorenzo de la Maza, opina que sí, dado que el art. 2347 supone existencia de requerimiento, ergo supone existencia de mora.

La acción del acreedor en contra del fiador será ordinaria o ejecutiva según lo sea el título en que conste la obligación principal y la fianza.

• **Excepciones y defensas que puede oponer el fiador,**

1. beneficio de excusión
2. beneficio de división
3. excepción de subrogación
4. excepción reales y personales.

1. **BENEFICIO DE EXCUSION.** Art. 2357, 2358 C.C.

Consiste en que fiador reconvenido para el pago puede exigir previamente al acreedor que persiga la deuda en los bienes del principal deudor.

• ***No se puede oponer el beneficio de excusión en los siguientes casos:***

- Cuando se ha renunciado expresamente (art. 2358 N° 1 y 2360)
- Cuando se obligó como codeudor solidario del deudor (art. 2358 N° 2)
- Cuando la obligación principal no produce acción. (art. 2358 N° 3)
- Cuando la fianza es ordenada por el juez (art. 2358 N°4)

- Cuando el deudor ha caído en quiebra o notoria insolvencia. (pues en tal caso no podrá indicar los bienes del deudor sobre los cuales el acreedor podrá ejercer su crédito. art. 2358 N° 6)
  - Cuando se trata de un fiador hipotecario o prendario y el acreedor persigue la cosa hipotecada o empeñada.
- ***Casos en que aún sin requerimiento del fiador, el acreedor está obligado a efectuar la excusión:***
    - Cuando las partes así lo han estipulado
    - Cuando el fiador se hubiere obligado tan solo a lo que no se pudiese obtener del principal deudor. Art. 2365 inc. 2°. En este caso, el fiador no será responsable de la insolvencia del deudor siempre que concurren los requisitos que señala la norma legal.
- ***Requisitos para gozar de beneficio de excusión:***
    - No estar privado de él, en los términos vistos
    - Ser opuesto oportunamente (como excepción dilatoria en el juicio ordinario y como excepción propiamente tal en el juicio ejecutivo). Excepcionalmente, podrá oponerse después cuando el deudor al tiempo del requerimiento, carezca de bienes y los adquiera después. Art. 2358 N° 5. En tal caso, la solicitud del fiador se tramitará como incidente.
    - Señalar bienes del deudor principal sobre los cuales el acreedor pueda hacer efectivo su crédito. Art. 2358 N° 6. No se toman en cuenta para la excusión los bienes a que se refiere el artículo 2359. (La doctrina agrega, bienes que se poseen en comunidad, pues se asemejan a los litigiosos o de difícil realización por las dificultades de la indivisión; los bienes retenidos por orden del juez y los inembargables)
- ***Algunas observación al beneficio de excusión.***

- Sólo se puede oponer una vez
- El subfiador puede oponer beneficio de excusión respecto del fiador
- Un fiador de varios codeudores solidarios tienen beneficio de excusión respecto de todos y cada uno de ellos.
- El acreedor tiene derecho a exigir del fiador que le anticipe los costos de la excusión. Art. 2361.

- ***Efectos del beneficio.***

- Cesa la persecución contra el fiador
- El acreedor debe efectuar la excusión de forma diligente. Si es omiso o negligente, y el deudor cae entretanto en insolvencia, el fiador solo es responsable en lo que exceda al valor de los bienes que hubiere señalado para la excusión. Art. 2365 inc. 1º
- Si el acreedor obtiene el pago con la excusión, se produce extinción total o parcial de la fianza según el caso.

## 2. BENEFICIO DE DIVISION.

Tiene aplicación cuando existe una pluralidad de fiadores y está definido en el art. 2367.

Es una excepción de carácter perentoria

- ***Requisitos:***

- Que exista más de un fiador
- Que los fiadores lo sean de una misma obligación y de un mismo deudor, aún cuando “la fianza” se hubiese constituido en tiempo distinto. Art. 2368

- Que no se haya renunciado a este beneficio (pues está establecido en el único interés de los fiadores, quienes pueden renunciar a él). En consecuencia, el fiador reconvenido puede pagar el total de la deuda y subrogarse en los derechos del acreedor contra los cofiadores en el exceso de lo pagado (Art. 2378)
- Que no se haya pactado solidaridad entre ellos.

- ***Efectos de beneficio de división:***

Se divide la deuda en partes iguales entre fiadores. *Excepciones:*

- No se divide en partes iguales la deuda si uno de los fiadores hubiese limitado su responsabilidad a un monto o suma determinada, 2367 inc. Final.
- Si uno de los fiadores es insolvente su parte grava a los demás salvo que se trate de un subfiador, 2367 inc. 2°.

### 3. EXCEPCION DE SUBROGACIÓN.

3.1. Excepción de subrogación parcial (beneficio de reducción): Está contenida en el Art. 2355: “Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal.” (Excepción de subrogación parcial: beneficio de reducción)

Si el acreedor, por un acto suyo, priva al fiador de la posibilidad de subrogarse en los derechos de éste para dirigirse contra el deudor principal, es de todo equidad que se rebaje de la demanda todo lo que el fiador pudo obtener de la subrogación. Por lo tanto, el acreedor tiene la obligación de conservar las acciones en contra del deudor.

3.2. Excepción de subrogación total: Art. 2381 N° 2.: “La fianza se extingue, en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones según las reglas generales, y además:

2° En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse”.

- ***Requisitos para oponer la excepción de subrogación:***

- La pérdida de las acciones debe haberse producido por hecho o culpa del acreedor.
- Debe tratarse de acciones útiles para el acreedor.
- La excepción de subrogación debe alegarse. Como excepción (lo normal) pero también podrá ser como acción (juicio ordinario)

- ***Efectos de la excepción de subrogación:***

Será la extinción de la fianza cuando las acciones perdidas por culpa del acreedor habrían permitido al fiador obtener el reembolso total de lo pagado al acreedor. En caso contrario, sólo se producirá la liberación parcial del fiador.

***¿Qué pasa si luego de efectuado el pago al acreedor, el fiador que se dirige contra el deudor se encuentra con que las acciones se habían extinguido por culpa del acreedor?***

Somarriva sostiene que en ese caso el fiador gozaría de acción in rem verso contra el acreedor para que le restituya la parte en que no ha podido subrogarse.

#### 4. EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES

El fiador puede oponer tantas excepciones reales como sean las emanadas de la naturaleza de la obligación.

También puede oponer las excepciones personales propias. Art. 2354

La situación del fiador con respecto a las excepciones que puede oponer frente al acreedor es similar a la del deudor solidario es muy similar.

Una cuestión especial se presenta en la compensación. Un codeudor solidario no puede oponer en compensación lo que el acreedor adeude a otro codeudor, salvo que éste ceda su crédito al primero. En cambio, el fiador puede oponer en compensación a la demanda del acreedor el crédito que contra él tenga el deudor principal (Art. 1657 inc. 2º a contrario sensu)

En materia de prescripción: Art. 2496

## **B. Relaciones entre fiador y deudor.**

El fiador no es el verdadero deudor. Como consecuencia de ello, la ley pretende que el deudor cargue el peso económico del pago de la obligación.

### *a) Acciones y derechos del fiador antes del pago:*

1. El fiador, conforme al art. 2369, y cumpliendo sus requisitos, tiene derecho a que el deudor principal obtenga el relevo de la fianza o le caucione las resultas de la fianza o le consigne los medios para el pago.

El deudor no puede relevar la fianza así no más y sólo puede ser obligado a obtener el relevo, ya que para ello requiere del consentimiento del acreedor. Y esto es obvio, ya que la fianza es un contrato entre acreedor y fiador.

Los casos que enumera el artículo 2369 suponen en general situaciones que hacen inminente el riesgo de que quien en definitiva soporte el pago de la obligación sea el fiador

2. Antes de proceder la pago, tanto el deudor como el fiador debe darse noticia o aviso mutuamente. Los Arts. 2377 y 2376 contienen las respectivas sanciones a esta omisión.

#### ***Para el caso del fiador que paga:***

- El deudor puede oponerle todas las excepciones que podría haber opuesto al acreedor.
- Si el deudor, ignorante del pago efectuado por el fiador, paga nuevamente, el fiador no tendrá acción subrogatoria ni acción personal de reembolso contra el deudor. En este caso, no obstante, el fiador puede ejercer acción in rem verso (que en verdad debiera competir al deudor pero que la ley otorga al fiador: subrogación legal)

#### ***Para el caso del deudor que paga:***

- Si el fiador, ignorando el pago, paga, tiene acción de indemnización de perjuicios (por lo pagado) en contra del deudor; y el deudor tiene acción in rem verso contra el acreedor (que en verdad en este caso debiera competir al fiador, pues es él el que paga indebidamente)

3. El fiador, en caso de que la fianza sea remunerada, podrá exigir del deudor el pago de la remuneración estipulada.

b) Acciones y derechos del fiador después del pago:

1. ACCIÓN DE REEMBOLSO:

Es una acción personal que emana del contrato de fianza, para que el deudor le reembolse al fiador lo que haya pagado (capital) más los intereses (corrientes que se devenguen desde el pago), gastos y eventualmente los perjuicios que el contrato hubiere irrogado al fiador ( art. 2370), aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

La doctrina reconoce encuentra el fundamento de esta acción (que viene del Derecho Romano) en el propio mandato (cuando la fianza se ha constituido con consentimiento del deudor) y en la agencia oficiosa (cuando el fiador se ha obligado con ignorancia del deudor)

El fiador que paga parte de la deuda, sólo puede repetir contra el deudor por lo pagado, aun cuando ese pago haya sido motivado por una transacción o remisión parcial acordada con el acreedor. Y ello, por cuanto la acción de reembolso es una acción indemnizatoria y no puede ser jamás fuente de lucro.

Si el fiador paga más de lo debido, sólo puede repetir contra el deudor por la deuda, ya que en el exceso el deudor no tiene responsabilidad. Esto sin perjuicio de quedar a salvo la acción in rem verso del fiador contra el acreedor.

● **Requisitos:**

- a. Debe haberse extinguido la obligación con sacrificio pecuniario del fiador. Si el acreedor ha condonado o remitido la deuda al fiador en todo o en parte, no podrá repetir contra el deudor por esa cantidad, a menos que el acreedor le haya cedido su acción al efecto.(Art. 2374.)
- b. El pago debe ser útil, es decir capaz de extinguir la obligación. Art. 2375 N°3
- c. El fiador no debe estar privado de la acción:
  - Art. 2375 N°1: Si fiador paga una obligación meramente natural, y no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo, no tiene acción de reembolso.

- El art. 2375 N° 2 dice que el fiador no goza de esta acción cuando contrató la fianza contra la voluntad del deudor, salvo que el pago haya extinguido la obligación. En realidad no existe diferencia de trato entre el fiador que se obligó con consentimiento del deudor y el que se obligó contra su voluntad, pues en ambos casos tendrá acción de reembolso únicamente cuando el pago hubiese extinguido la deuda. (OJO, el fiador que se obliga contra la voluntad del deudor está en mejor posición que el tercero que paga contra la voluntad del deudor (art. 1574) y del agente oficioso que administra contra la expresa prohibición del interesado (art. 2291)
- Art. 2377: caso en que el fiador no da aviso del pago y el deudor paga.

- d. La acción debe entablarse oportunamente: Desde que el fiador ha efectuado el pago (y siempre que la obligación garantizada sea exigible) y mientras no se extinga su acción por el transcurso del tiempo. (prescripción acción ordinaria de 5 años)
- e. Esta acción se entabla contra el deudor principal. En el caso que hayan codeudores solidarios y el fiador los haya afianzado a todos, habrá acción de reembolso contra cada uno de ellos por el total. Si sólo ha afianzado a uno de ellos, sólo podrá repetir contra éste por el total, pero queda a salvo la acción subrogatoria contra los deudores solidarios a quienes no ha afianzado (lo que significa que se subroga en los derechos del acreedor para dirigirse en contra de los deudores solidarios por la parte que a cada uno le quepa en la deuda). Y si ha afianzado a varios deudores simplemente conjuntos, sólo podrá repetir contra cada uno de ellos por la cuota que a cada cual le corresponda en la deuda.

## 2. ACCIÓN SUBROGATORIA:

Está contenida en el art. 1610 N° 3. Emanada del solo ministerio de la ley.

- **Requisitos:**

- a. Que el fiador haya pagado al acreedor. Procede tanto cuando ha mediado pago propiamente tal como cuando el fiador hubiere extinguido la obligación por otros medios

que le signifiquen sacrificio económico (Por ejemplo, compensación; dación en pago; novación, etc..)

- b. Que el pago haya sido útil. Se entiende por útil, aquel que ha extinguido la obligación. Ello por cuanto si subsiste la obligación, el deudor podría verse expuesto a un doble pago (al acreedor y al fiador).
  
- c. Que el acreedor de la obligación pagada no esté privado de acción, ni que lo esté el fiador. Esta acción corresponde al fiador simple o solidario, y aún al fiador y codeudor solidario e incluso al fiador que se obligó contra la voluntad del acreedor. Excepcionalmente, el fiador no puede invocar la acción subrogatoria cuando la obligación afianzada es natural y también en la hipótesis del art. 2.377

Conforme al art. 1612, esta acción comprende el traspaso íntegro del crédito al fiador, con todos sus privilegios y garantías, pero limitado al monto de lo efectivamente pagado al acreedor. Quedan fuera entonces los gastos en que haya incurrido el fiador, los intereses (si el crédito del acreedor no los devengaba) y los perjuicios que le hubiere ocasionado la fianza. En consecuencia, es una acción más restringida que la acción de reembolso.

Si el pago hecho por el fiador al acreedor fue parcial, la subrogación también lo será y de conformidad al art. 1612 el acreedor goza de preferencia sobre el fiador para pagarse del saldo insoluto.

La acción subrogatoria puede dirigirse contra el deudor principal, contra los codeudores solidarios y contra las cofiadores. En el caso que hayan codeudores solidarios y el fiador los haya afianzado a todos, podrá dirigir la acción subrogatoria contra cada uno de ellos por el total. Si sólo ha afianzado a uno de ellos, sólo podrá dirigir la acción contra éste por el total y contra los restantes por la cuota que a cada uno le quepa en la deuda.

El plazo de prescripción de la acción subrogatoria debe contarse desde que el crédito, sobre el cual se subroga el fiador, se hizo exigible. No obstante, algunos fallos han estimado que el plazo se cuenta desde que el fiador ha efectuado el pago.

#### PARALELO

<b>ACCION DE REEMBOLSO</b>	<b>ACCION SUBROGATORIA</b>
----------------------------	----------------------------

1. El fiador no goza de privilegios ni cauciones	1. El fiador goza de las mismas garantías y privilegios que tenía el acreedor.
2. La prescripción de la acción corre desde el pago del fiador o desde que el crédito se hizo exigible (si pagó antes)	2. La prescripción corre desde que el crédito se hizo exigible
3. No puede dirigirse contra los cofiadores	3. Puede dirigirse contra los cofiadores.
4. Es comprensiva de lo que pagó al acreedor, más intereses, gastos y perjuicios que la haya ocasionado la fianza	4. Comprende únicamente lo que el fiador pagó al acreedor.
5. En caso de pago parcial, el fiador concurre en igualdad de condiciones con el acreedor por el pago del saldo insoluto.	5. En caso de pago parcial, el acreedor prefiere al fiador por el saldo insoluto.

### 3. ACCION DEL FIADOR CONTRA SU MANDANTE.

Es la contenida en el art. 2371 y es la hipótesis en que el fiador afianza por orden de un tercero. En tal caso, tendrá la acción propia del mandato contra su mandante, sin perjuicio de las que tenga en contra del deudor principal. En consecuencia, el legislador deja al arbitrio del fiador dirigirse en contra del deudor o de su mandante.

### C. Relaciones entre los cofiadores.

- Si todos pagan lo que les correspondía, entre sí no habrá problema.
- Si uno de ellos paga más de lo que proporcionalmente le correspondía, en el exceso de lo pagado se subroga al acreedor contra los restantes cofiadores por la cuota que a cada uno le corresponda en la deuda, aun en el evento en que se hayan obligado solidariamente (art. 2378). Se les aplica a su respecto la regla del art. 1522
- Según lo dispone el art. 2379 los cofiadores no pueden oponer las excepciones personales del deudor principal, sólo las reales y las personales suyas.

- Frente a la insolvencia de uno de ellos, su cuota gravará a los demás, sea que entre ellos exista o no solidaridad (art. 2380). Pero no se mira como insolvente aquel cuyo subfiador no lo esté.
- Si el acreedor exoneró a uno de los cofiadores, el fiador que pagó no puede entablar acción subrogatoria en su contra, del mismo modo como no podría hacerlo el acreedor. Sin embargo, el fiador, frente a la demanda del acreedor, puede pedir se le rebaje todo lo que habría obtenido mediante la subrogación contra el fiador exonerado, por aplicación del art. 2.355
- En principio, el fiador que pagó no tiene otra acción en contra de los cofiadores. Podrá eventualmente tener una acción personal derivada de la relación jurídica que los ligase, y, en todo caso, podrá ejercer la acción in rem verso, en la medida que los cofiadores se benefician de lo que el fiador pagó en exceso.

● ***EXTINCIÓN DE LA FIANZA:***

1. Por vía consecencial con la extinción de la obligación principal.

Especial mención merece la dación en pago como forma de extinción de la obligación afianzada y consecencialmente de la fianza. Conforme al artículo 2.382 si el acreedor acepta en pago un objeto distinto al debido, la extinción de la fianza se produce irrevocablemente, aún cuando sobrevenga evicción de la cosa.

En materia de prescripción, y de conformidad al artículo 2516 del C.C. la acción que tiene el acreedor contra el fiador prescribe conjuntamente con la obligación principal a que accede.

2. Por la forma de extinción de los contratos, como contrato independiente.

3. Por los medios especiales de los Arts. 2381 y 2383.

- a. El relevo de la fianza en verdad no es una forma particular de extinción de la fianza sino una modalidad de la remisión o de la resciliación. (Art. 2381 N°1)

- b. Cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse. Este sí es un modo especial de extinguir la fianza. (Art. 2381 N°2)
- c. La confusión, que es aplicación de las reglas generales (Art. 2383)