



Universidad Andrés Bello

Facultad de Derecho

Stephanie Andrea Brown Contreras

Título:

“PARA REQUERIR DE PAGO AL FIADOR, ¿QUE ES NECESARIO?,
¿QUE EL DEUDOR SE CONSTITUYA EN MORA O LA SOLA
EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN?.

ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.”

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dirigida por el

Profesor Don

Ismael Verdugo Bravo

Santiago de Chile

2009

“Doy gracias a Dios y a mis padres por el apoyo y amor que me han brindado en cada etapa de mi vida.”

INDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO.....	5
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA FIANZA.....	6
Introducción.....	6-8
1.1 Diferencia entre Fianza y Solidaridad Pasiva.....	8
1.2 Naturaleza del Contrato de Fianza.....	8
1.1.1 Contrato consensual y excepciones en las cuales este contrato es solemne.....	8-9
1.1.2 Contrato unilateral.....	10
1.1.3 Contrato gratuito.....	10-11
1.1.4 Contrato accesorio.....	11-13
1.1.5 Es un contrato patrimonial.....	13
1.3 Requisitos de validez de la Fianza.....	13
1.3.1. Consentimiento.....	13-14
1.3.2. Capacidad.....	14-16
1.3.3. Objeto: Consiste en pagar una cantidad de dinero.....	16-17
1.3.4. Causa.....	17
1.3.5. Debe existir una obligación principal a la cual acceda la fianza.....	17-19
1.4 Principales clasificaciones de la Fianza.....	19
1.4.1. La fianza será convencional, legal o judicial.....	19
1.4.2. Fianza mercantil y civil.....	20
1.4.3. Fianza personal y la fianza hipotecaria o prendaria.....	20

1.4.4. Fianza limitada e ilimitada.....	21
1.4.5. Fianza simple y fianza solidaria.....	21-22

CAPITULO II: EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR.

2.1 Efectos anteriores a la reconvención hecha por el acreedor al fiador.....	23
2.1.1 Antes de la exigibilidad de la obligación.....	23
2.1.2 Una vez exigida la obligación.	23-24
2.2 Efectos posteriores a la reconvención al fiador.....	25
2.2.1. El acreedor podrá demandar al fiador una vez exigible la obligación.....	25-26
2.2.2. Defensas y excepciones que puede oponer el fiador al acreedor una vez reconvenido.....	26
2.2.2.a. Beneficio de excusión.....	26-29.
2.2.2.b. Beneficio de división.....	29-31
2.2.2.c. La excepción de la subrogación.....	31-33
2.2.2.d. Excepciones reales y personales.....	33-34

CAPITULO III: LA EXIGIBILIDAD O LA MORA DEL DEUDOR PARA REQUERIR DE PAGO AL FIADOR. ANALISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1 Discusiones doctrinarias.....	35
--	-----------

3.1.1. La mora en cuanto al tiempo.....	35-36
3.1.2. La exigibilidad.....	36-37
3.1.3. Contraposición entre mora y exigibilidad, discusión propiamente tal.....	37-42
3.2 Análisis jurisprudencial.....	42-45
CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	47-50
ABREVIATURAS.....	51

PRÓLOGO

Es innegable que gran parte del derecho civil se ha convertido en parte de la cotidianidad de la vida, es así como diversos tipos de contrataciones como la compraventa, hipoteca, fianza se han convertido en tema de interés y estudio no sólo de los jurisperitos, sino que también se han abocado al estudio de estos contratos, estudios del comercio, la banca e incluso personas que si bien su profesión o actividad no se relaciona directamente con ello, deben utilizarlo como parte de sus relaciones contractuales más diarias.

Producto de lo anterior es que centraremos nuestra mirada en el contrato de fianza, tan utilizado en materia civil como comercial.

Es a partir de esta utilización de la figura de fianza como se generan diversas controversias en sus efectos, en especial los generados entre el acreedor y el fiador.

Teniendo en consideración que “la Fianza es un contrato accesorio en virtud del cual, una persona llamada fiador garantiza personalmente la ejecución de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor de un tercero (deudor principal) en el caso que el deudor personal no la cumpla en todo o parte”¹, es que en la práctica y en la hermenéutica civil se dan frecuentemente las siguientes interrogantes: ¿Debe ser judicialmente requerido el deudor? o , ¿Se requiere que el deudor principal esté en mora para hacer exigible la obligación del fiador?. Y es precisamente, sobre dichos cuestionamientos que se ha generado la discusión que Será objeto nuestro estudio.

¹ C. SUP. 15 de julio de 2008, rol N° 3208-2008.

CAPITULO I:

ASPECTOS GENERALES DE LA FIANZA.

INTRODUCCIÓN.

- **Definición:** La fianza se enmarca dentro de las llamadas cauciones personales que se encuentran tipificadas en nuestro código civil, regulada en primer lugar por el art. 46 del CC. quien define caución señalando que: *“caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especie de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.”*², este artículo nombra expresamente a la fianza como una caución. Las cauciones pueden ser reales o personales, la fianza se enmarca dentro de las cauciones llamadas personales ella se desarrolla en virtud del derecho general de garantía del artículo 2.465 del Código Civil: *“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.”*³

Como ya se señaló anteriormente las principales cauciones personales sólo queda analizar la fianza como tal. La figura de la fianza se encuentra regulada en nuestro código civil en el título XXXVI del libro IV, artículos 2335 y siguientes, este artículo la define diciendo que: *“La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o mas personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”*⁴

La definición entregada por nuestro código civil es criticada abiertamente por la mayoría de los autores pues en el artículo antes citado la señala como una obligación,

² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

cuando en realidad es un contrato, que, como tal, para su nacimiento exige acuerdo de voluntades. Sin embargo, el artículo 2.336 del código pareciera contradecir que este se trata de un contrato pues justifica de alguna manera que el código la trate d obligación, pues al dar sus clasificaciones y disponiendo que estas será, convencional, legal o judicial, da ha entender que sólo será fruto de un contrato la convencional, mas siempre la fianza será considerada como un contrato y no existiría dicha justificación para su clasificación y dicha referencia del artículo 2.336 es a la obligación de rendirla, la que puede emanar de acuerdo a las partes, de la ley o de una resolución judicial. Por lo demás, el carácter de contrato otorgado a la fianza es sostenido por la mayoría de la doctrina. Sobre este punto Braudy Lacantinerie a agregado lo siguiente: *“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 acreedor no la haya aceptado”*⁵. La legislación argentina también ha hecho referencia a este punto refiriéndose a la fianza como un acto unilateral, y por lo tanto aceptando su calidad de obligación y no de contrato como la mayoría de las legislaciones mundiales⁶ Demos advertir también que Andrés Bello en el proyecto del código civil en su artículo 2.499 lo definía como un contrato accesorio y no como una obligación, esto según proyecto de 1853⁷

La fianza, entonces, es un contrato que se celebra entre el acreedor y el fiador. En el nacimiento de este contrato no interviene el deudor directo y ello se desprende del artículo 2345 el cual señala que: *“Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor”*⁸. Es en base al art. anteriormente citado y el art. 2.335 que le es otorgado el carácter de deudor subsidiario al fiador. *“sin perjuicio de ello en nuestro ordenamiento jurídico se considera la fianza como una obligación y no como un contrato. De esta forma la fianza judicial y legal, no son considerados contratos”*⁹

⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, P. 89.

⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil Fuente de las Obligaciones*. Editorial Nacimiento, Santiago, 1942, t. IV, Página, P. 689

⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 921

⁸ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

⁹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, *Lecciones de derecho civil chileno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p.178

Ya establecida y definida la figura de la fianza en el derecho, señalaremos sus características principales.

1.1 Diferencia entre Fianza y Solidaridad Pasiva: Estas instituciones presentan grandes semejanzas pero a la vez se apartan de profundamente entre sí en ciertos puntos.

Las diferencias que presentan estas instituciones son varias, las más relevantes son las siguientes:

En el caso de la solidaridad pasiva y de las obligaciones solidarias en general, toso los deudores tiene la calidad de deudores directos y principales; en el caso de la fianza quien se constituya como fiador sólo lo hará en subsidio del deudor principal esto según el art. 2.335 del CC. estas normas se desprende que en el caso de las obligaciones solidarias, en este caso la solidaridad pasiva no gozan del beneficio de excusión y de división, que son beneficios propios y característicos del fiador.

En cuanto a la cosa debida, también existen diferencias substanciales entre ellas pues mientras en el caso de la fianza la obligación del fiador será siempre el de pagar una cantidad determinada de dinero según art. 2.343, independiente si la lo que debe el deudor principal se trate de dar, hacer o no hacer una cosa, en cambio la solidaridad pasiva siempre será la misma cosa debida para todos los deudores.

1.2 Naturaleza del Contrato de Fianza: para realizar un conocimiento más acabado realizaremos un desglose de su naturaleza, es así como :

1.2.1 El contrato de fianza es un contrato consensual: En cuanto a su perfeccionamiento podemos señalar que generalmente se trata de un contrato consensual, esto quiere decir, que para que este contrato nazca a la vida del derecho su perfeccionamiento únicamente requiere de el acuerdo de voluntades que a la cual deben acceder el acreedor y el fiador, la exigencia de escritura no consta en el código civil, sino que esta señalado en el código de comercio en su articulo 820 sobre la fianza de

comercio. Sin embargo, al igual que *el carácter de contrato que se le dio en un principio a la fianza en el proyecto de Código*; Andrés Bello también habría estipulado en el proyecto de código civil del año 1853 en el artículo 2.404 que este contrato debería constar por escrito¹⁰ este requisito del proyecto de Bello no prosperó, lo que es lamentable, pues en términos probatorios al no estar consignada por escrito pierde la prueba de testigos normada en el artículo 1708 del código civil el cual señala que: “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito¹¹”; también tiene importancia su escrituración pues, no obstante ser consensual, según el artículo 2.347: “la fianza no se presume, ni debe extenderse a más de lo expreso...”¹² de ello se desprende que este contrato debe manifestarse en forma expresa es decir, escriturado. La legislación española quien en su “artículo 1827 determina que la fianza no se presume nunca; debe ser expresa”¹³ así constara claramente la voluntad de afianzar y tendrá validez como prueba.

Pese a que la fianza se expresa generalmente por vía consensual, existen casos excepcionales en los cuales dicho contrato debe figurar con solemnidades, tal es el caso de la fianza mercantil anteriormente citado, con dicha exigencia contenida en el artículo 820 del código de comercio la fianza mercantil se aparta de la civil la cual siempre no exige su escrituración, “en circunstancias que el principio que inspira a la legislación mercantil es prescindir de las solemnidades por la rapidez que exige el comercio”¹⁴ Otra excepción a la consensualidad se presenta en la fianza que debe rendir los tutores y curadores para que se les discierna en su cargo, fianza que debe ser otorgada por escritura publica, esta disposición se encuentra en el artículo 855 (1.033) del Código de Procedimiento Civil. Una excepción a también es el “El aval, especie de fianza, debe constar por escrito en la misma letra de cambio o en documento separado”¹⁵

¹⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p.921

¹¹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

¹² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

¹³ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 795

¹⁴SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 119

¹⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil*. De las Fuentes de las Obligaciones”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1952, t. II, p. 66

1.2.2 Es un contrato unilateral: la fianza es por naturaleza un contrato unilateral, porque solo resulta obligado una parte, en este caso es el fiador el obligado a pagar la deuda en caso de incumplimiento del deudor principal, ello se desprende del artículo 2.335 y el acreedor no contrae obligación alguna por el contrato, así es como el deudor es un extraño en el nacimiento, punto que se afirma con el artículo 2.345 del código civil.

Sin embargo para algunos autores este se trataría de un contrato bilateral pues conforme a este mismo artículo está obligado a conservar los derechos en que se subroga el fiador una vez efectuado el pago, mas esta obligación emana de la ley y no del contrato mismo.

Si bien la unilateralidad es por su naturaleza no es de su esencia, pues este podría transformarse en bilateral, cuando el acreedor alguna obligación en el contrato ejemplo mediante remuneración al fiador por su prestación, mas esto pasaría a ser un contrato de seguro y no un contrato de fianza propiamente tal.

1.2.3 Es un contrato gratuito: El contrato de fianza es por regla general gratuito según el art. 2.341 del CC.

Por cuanto tiene por objeto la utilidad de una sola persona, es decir, el que se obliga es el fiador en beneficio del acreedor. Según el autor Braudy Lacantinerie este carácter de gratuito nace a partir de el estudio o condición del deudor en este mismo y el lo explica de la siguiente manera, *“él expresa que no lo es en relación con el acreedor, porque con ella no se hace sino asegurarle el pago de algo que se le debe, pero sí para el deudor ya que el obtiene una ventaja gratuita obtiene en efecto, gracias a la intervención desinteresada y generosa del fiador, un crédito que sin ella le habría rebusado”*¹⁶

En base a lo señalado por anteriormente, podríamos advertir una diferencia si la fianza fue otorgada posteriormente a la del contrato principal, pues en este caso no habría ventaja alguna para el deudor ejemplo en el caso de que no se le otorgase dicho

¹⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *“Tratado de las Cauciones”*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 93

contrato por no cumplir con condiciones económicas específicas, en cambio este contrato de fianza celebrado posteriormente le significaría una gran ventaja para el acreedor quien por medio de este obtiene la seguridad suficiente para que le sea cumplida la obligación ya otorgada, seguridad que no poseía al momento de contratar con el deudor la obligación principal

Como esta característica no es de su esencia, es posible según el artículo 2.341 del Código Civil que: *“el fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta¹⁷”*, esta remuneración pactada por el fiador sería por cargo a los riesgos que corre éste al tener que cumplir en subsidio del deudor la obligación. Mas este contrato celebrado entre deudor y fiador, sigue siendo externo al contrato de fianza, como hemos señalado reiteradamente en virtud del artículo 2.345 es constituyéndose entre ambos, entonces un contrato innominado y no uno de fianza como dice el artículo 2341, *“así también lo ha dicho la corte de apelaciones de Iquique el 7 de septiembre de .1939”¹⁸*.

En el caso que la remuneración pactada como consecuencia de la fianza fuese celebrada entre fiador y acreedor este constituiría un contrato innominado con características de un contrato de seguro y no constituiría parte de la fianza o una fianza en sí misma.

Cabe señalar que la fianza pese a su carácter de gratuidad que importa, esta no constituye bajo ninguna circunstancia una donación, esto según artículo 1397 del Código Civil: *“No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiado... pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe¹⁹”*.

A pesar de ser la fianza un contrato gratuito, según el artículo 2.351 del código: *“El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a las que fuere obligado²⁰”*

1.2.4. Es un contrato accesorio: con el sólo hecho de enumerarla como una caución en el artículo 46 del CC., es decir que se constituye como garantía de una obligación

¹⁷ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

¹⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *“Tratado de las Cauciones”*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 93

¹⁹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

²⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

principal, se subentiende de ello que este contrato pertenece a los llamados accesorios, además de estar señalado expresamente en el artículo 2.335 del CC.

Esta característica es de la esencia del contrato de fianza y su finalidad general es establecer a favor del acreedor garantía suficiente de que la obligación principal será cumplida en su totalidad. De ello se desprende que se requiere en primera instancia de una obligación principal a la cual acceda la fianza.

De esta importante característica del contrato de fianza se desprenden importantes consecuencias estas son:

En primer lugar encontramos la más conocida he importante de ellas que se consagra en un conocido aforismo jurídico: *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, este aforismo tiene grandes aserciones. Uno de ellos es que no podrá existir fianza sin una obligación principal a garantizar, este de hecho constituye un requisito de validez de la fianza esto según el artículo 2.516 del CC.: *“la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a que acceden”*²¹.

Extinguida la obligación principal se extingue igualmente la fianza que la accedía artículo 2.381 N° 3. Ahora si bien la nulidad de la obligación principal es debido a la incapacidad relativa del deudor el fiador no puede invocar la acción de nulidad de la fianza esto según artículo 2.354, esto viene a ser una excepción a el aforismo antes citado, mas se entiende que en rigor el fiador conoce el riesgo que reporta garantizar una obligación contraída por un incapaz relativo.

El fiador puede oponer todas las acciones reales contenidas en el artículo 2.354 contra el acreedor y que derivan de la naturaleza de la obligación principal.

La consecuencia más importante derivada de su naturaleza accesorio, es que *“el fiador no puede obligarse en términos mas gravosos que el principal deudor..., pero puede obligarse a menos...”*²²según artículo 2.344 del CC. y esto no es solamente respecto de la cuantía sino que también este artículo señala que también no será más gravoso sino que también al tiempo, lugar, condición, al modo de pago o pena interpuesta por el incumplimiento, así mismo consagra reiterando esta consecuencia el artículo 2.343 del mismo Código. De ello se infiere que no correrán intereses si estos no corren contra el deudor principal. En

21 CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

22 CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

base a lo anterior es que si el fiador es obligado a una cuantía mayor, plazo mas gravoso u otro semejante mayor que el deudor, no será susceptible de nulidad sino que la ley a determinado que esta obligación se reducirá a los mismos que tenga el deudor principal artículo 2.344 y en caso de duda siempre se adoptará la más favorable conforme a la obligación principal y la accesoria.

Pese a que el fiador no se puede obligar en formas más gravosas que las del deudor principal, “*si puede obligarse de forma más eficaz dando por ejemplo hipoteca aunque la obligación principal no la tenga*”²³ artículo 2.344 inciso 2º, pues esta no la gravaría sino que el vinculo sería de mayor calidad.

1.2.5. Es un contrato patrimonial: Esta característica del contrato de fianza se encuentra consagrado en el artículo 2.352 del código civil, así éste señala que: “*Los* ²⁴*derechos y obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos*”, nuestro código lo dice expresamente pues, código napoleónico lo hace de forma expresa y nuestra legislación lo absorbió y aceptó por lo que fue imperiosos agregar esta disposición de manera concreta.

1.3 Requisitos de validez de la Fianza. La fianza al ser un contrato requiere para su existencia y validez los requisitos generales que son el consentimiento, capacidad, el objeto que en este caso debe consistir en pagar una cantidad de dinero y causa. Pero como este contrato por esencia es accesorio, requiere de un requisito específico, el cual es, que debe existir una obligación anterior principal a cual acceder.

1.3.1. El Consentimiento: La fianza es un contrato generalmente consensual, es decir, que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, quiere decir entonces, que no requiere de solemnidades ni palabras sacramentales para que se perfeccione, sólo será

²³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

²⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

necesario que las palabras que se utilicen no dejen duda que la intención sea contratar ; mas, la ley ha declarado en su artículo 2.347 que: *“La fianza no se presume, ni debe extender a más que el tenor de lo expreso...”*²⁵ será necesario en consecuencia que este consentimiento sea expreso por parte del fiador, quienes en definitiva quien se grava o toma el riesgo, en cambio el consentimiento del acreedor puede ser perfectamente un consentimiento tácito, este tema también es tratado en la legislación española en el artículo 1.278 en relación con el artículo 1.827 en donde señala que el consentimiento debe ser expreso y que debe constar claramente la voluntad del contratante, que de este no se tenga duda alguna²⁶

La mera recomendación o consejo no constituye por si solo el acto de fianza esto se deduce analógicamente del artículo 2.121 del Código Civil, sin embargo esta regla no es absoluta por lo que hay casos en los que el juez decide si en ella a existido fianza analizando en profundidad las circunstancias de hecho que lo rodeen , si cae alguna duda respecto de ella se seguirán las reglas de interpretación, es decir, se desestimará como constitutiva de consentimiento para el nacimiento del contrato de fianza; mas aún si esta recomendación es fue otorgada de manera maliciosa es susceptible de responsabilidad según el artículo 2.119 inciso 2º del Código.

Respecto del consentimiento del deudor principal, este es irrelevante para efectos de la fianza pues, este no interviene en él según artículo 2.335.

1.3.2. La Capacidad: Este requisito esta normado en el artículo 2.350 quien establece que: *“El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal...”*²⁷ cabe señalar que en España esta regulado en el artículo 1.890 señalando que se requiere la capacidad general, mas al relacionar este artículo con el 323 del mismo código, se advierten dudas respecto de la capacidad que tendría el menor emancipado, pues dentro de las limitaciones enumeradas en este artículo que este sujeto posee no se nombra el hecho de afianzar y puesto que las limitaciones se interpretan restrictivamente, se infiere que el menor emancipado tendría capacidad para actuar como fiador en la legislación Española

²⁵ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

²⁶ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 795

²⁷ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

y comprometer con ello su patrimonio para cumplir las obligaciones que contraiga según artículo 1.911 del Código Civil Español²⁸.

La doctrina ha estimado varias formas de estimar quien tiene o no capacidad para afianzar, unos se basan en la capacidad plena, quiere decir que tengan capacidad de disposición, unos que tengan capacidad para obligarse y por ultimo la minoría que lo relaciona con la capacidad que se tiene para celebrar contratos gratuitos del que es parte por regla general, el contrato de fianza. Sin embargo nuestra legislación se aparta de las anteriores y ha establecido expresamente quienes son capaces y quienes son incapaces para constituirse como fiador. Estas incapacidades están nombradas en el artículo 2.342 de nuestro Código: *“Las personas que se hallen bajo patria potestad o bajo tutela o curatela, solo podrán obligarse como fiadores en conformidad a lo prevenido en el título de la patria potestad y de la administración de los tutores y curadores. Si el marido o la mujer, casados en sociedad conyugal quisieren obligarse como fiadores, se observarán las reglas dadas en el título de la sociedad conyugal”*²⁹.

En cuanto a la capacidad de los pupilos ya sea sujeto a tutores o curadores la regla general señala que ellos son incapaces para ser obligados como fiadores, serán validos solamente cuando estos cuenten con la autorización judicial de su tutor o curador según artículo 390 en relación con el artículo 404 el cual señala que: *“ el pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que solo autorizara fianza a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente y por causa urgente o grave”*³⁰, si no mediara con antelación la autorización o no fuere por motivos plausibles ella es susceptible de nulidad relativa, pues solo se exigen acorde la condición de incapacidad del pupilo; pero si la fianza se ha otorgado a personas distintas de las nombradas en el artículo 404 será susceptible a nulidad absoluta pues señala una prohibición de constituir fianza respecto de personas distintas a las expresamente nombradas.

En cuanto a la capacidad de la mujer casada en la legislación española *la mujer casada puede afianzar por si sola al marido. El artículo 1.323 permite hoy entre conyugues toda clase de*

²⁸ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 795

²⁹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

³⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

*contratos*³¹. En nuestra legislación en cambio se debe distinguir respecto el régimen patrimonial por el cual contrajo matrimonio.

En el caso de la mujer casada en sociedad conyugal ésta requiere de la autorización del marido o en subsidio autorización judicial la cual actuará por la imposibilidad del marido para otorgar la autorización es el caso de incapacidad, ausencia prolongada etc. Excepcionalmente la mujer casada en sociedad conyugal tendrá plena capacidad para afianzar cuando se haya constituido como administradora extraordinaria de la sociedad.

La mujer que ejerza profesión u oficio separada del hombre poseerá patrimonio reservado según lo dispuesto en el artículo 150 del código, y ella tendrá plena capacidad para afianzar dentro de su patrimonio reservado. La mujer separada de bienes o divorciada tiene plena capacidad para actuar.

En cuanto a las personas jurídicas hay que atenerse a cada caso, pues se debe estar a lo establecido en sus estatutos.

1.3.3. El Objeto: Este debe consistir en pagar una cantidad de dinero, esto será siempre pues esta expresamente estipulado en el artículo 2.343 en su inciso 3º dice que: *“La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza³²”*, si en vez del pago de dinero se entregase una especie o cuerpo cierto o alguna cosa fungible que no fuese dinero estaríamos en presencia de un contrato innominado. En este sentido la legislación española a estimado que *“La obligación principal puede ser de dar cosa específica, no sólo dinero, hacer o no hacer y puede ser afianzada”*³³ no exige entonces que sea lo mismo que se debe en la obligación principal. A contrario entonces nuestra legislación la aparta solo como una obligación de dar una cantidad de dinero apartándose también del derecho romano, en donde la fianza *lo único que se exigía era que*

³¹ DIEZ-PICAZO, L. Y GUILÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 795

³² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

³³ DIEZ-PICAZO, L. Y GUILÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 792

*fuera iguales los objetos de la obligación del deudor y del fiador*³⁴. Entonces cuando la fianza se tratase de una obligación de hacer o de no hacer, el fiador no se obligará a ejecutar el acto o a reparar la contraversión de la obligación principal, sino que se hará cargo de los perjuicios por la falta de cumplimiento de contrato principal e indemnizará.

1.3.4. Causa: Para hallar la causal de el contrato de fianza en primer lugar debemos referirnos a las obligaciones o actos abstractos *“estos se presentan cuando tratándose de relaciones jurídicas entre tres personas, una de ellas queda por orden de la otra en situación del deudor frente a la tercera”*³⁵, la causa entonces se busca en la relación del fiador con el deudor principal, y en base ha ello se distinguirá si la obligaciones gratuita u onerosa. En este sentido la causa de las obligaciones gratuitas será entonces el deseo de favorecer al deudor y en el segundo caso será el que el deudor cumpla con la remuneración prometida por su servicio.

Lo anterior incurre en cierta contradicción pues si bien la causa se busca en la relación entre fiador y deudor, se hemos señalado latamente que según el artículo 2.335 el deudor extraño en el contrato de fianza pues se puede celebrar aun en ignorancia del deudor principal. Es así entonces que la causa de la fianza presentaría la peculiaridad de hallarse fuera de las relaciones o voluntades involucradas en el contrato de fianza.

1.3.5. Debe existir una obligación principal a la cual acceda la fianza: Como consecuencia de su carácter accesorio, el contrato de fianza requiere para su validez y nacimiento de la existencia de un contrato principal, así lo establece también la legislación española señalando que es un requisito de validez según el artículo 1.824, *“La fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya*

³⁴SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 107

³⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 109

*nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la menor edad”*³⁶

En general todas las obligaciones son susceptibles de fianza indicado en los artículos 2.338 y 2.339.

En cuanto a las obligaciones sujetas a modalidad hay que hacer hincapié que la modalidad no deberá ser más gravosa que la obligación principal.

Es susceptible también de afianzar las obligaciones de dar, hacer o no hacer, respecto a ellas cabe advertir que en la obligaciones de dar se estará obligado a entregar una cantidad determinada de dinero, y en las de hacer o no hacer se responderá por los perjuicios con las respectivas indemnizaciones en el caso que se incumpla en la ejecución o no ejecución de lo encomendado respecto la obligación principal.

La regla general es que la fianza garantice obligaciones determinadas, mas no existen contra versiones para señalar que también puede garantizar obligaciones indeterminadas, pero que sean posibles de determinar posteriormente.

La fianza también será eficaz, en las obligaciones futuras reglado en el artículo 2.339 expresamente. En un comienzo parece ser contraria la eficacia de esta obligación con la de la esencia del contrato de fianza, quien señala que ésta no puede subsistir sin la obligación principal. En efecto, el contrato de fianza no será efectivo sino cuando se perfeccione la obligación principal, por lo que el código le ha otorgado al fiador en este caso la posibilidad de retractarse mientras ello no ocurra, pero para que este retracto sea valido contra terceros de buena fe y contra el mismo acreedor, debe notificar de su decisión de retracto.

Las obligaciones futuras también son acogidas en la legislación española, como admisibles en la fianza ello se desprende del artículo 1.825 del código español que *admite la fianza “en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aun conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea liquida”*³⁷ en el código civil italiano, exige la previsión en la fianza por obligación futura de un importe máximo garantizado, y faculta al fiador para liberarse de su obligación si el acreedor, a dado crédito al deudor sabiendo que las

³⁶ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995,v. I, p. 792

³⁷ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995,v. I, p. 793

condiciones económicas de este hacían difícil la satisfacción de la obligación, este beneficio se otorga en virtud del principio de buena fe.³⁸

1.4 Principales clasificaciones de la Fianza: según el artículo 2.336 este convencional, legal o judicial; pero también cabe señalar otras clasificaciones propuestas como: fianza mercantil y civil, fianza personal y la fianza hipotecaria o prendaria, fianza limitada e ilimitada y fianza simple y fianza solidaria.

1.4.1. La fianza será convencional, legal o judicial: esto será en atención al origen de la obligación para su constitución, es así como corresponderán a un contrato o convención entre las partes, la voluntad del legislador o por decreto judicial correspondientemente. Misma clasificación entregada por el código español en su artículo 1.823.

Esta clasificación es importante pues hace la distinción en cuanto a su perfeccionamiento, en el caso de la fianza convencional será únicamente consensual, y la legal y judicial constarán siempre por escrito, deberán tener requisito de solemnidad.

Es importante también en cuanto al art. 2.337 en donde se señala que la fianza legal y judicial podrá substituirse por una prenda o por una hipoteca, no así la convencional la cual no podrá substituirse contra la voluntad del acreedor.

En cuanto al beneficio de excusión de éste solo gozaran la fianza legal y la convencional según el artículo 2.358 del código civil.

*La fianza, legal y judicial se rigen por los mismos preceptos que la convencional, por tanto deberán concurrir en la persona del fiador las mismas condiciones que en la fianza convencional*³⁹ al igual que sus efectos.

³⁸ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., *Instituciones de derecho civil*, Editorial Tecnos S.A., España, Madrid, 1995, v. I, p. 793

³⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 118

1.4.2. Fianza mercantil y civil: según la naturaleza de la obligación a la que acceda, esta clasificación es importante pues realiza la distinción en su regulación y su perfeccionamiento, es así como la fianza civil es consensual y regulada en el código civil, y la fianza mercantil según el artículo 820 del código de comercio es solemne, es decir, ella debe constar por escrito, y para realizar una diferencia entre una y otra autores han convenido y el mismo código de comercio que serán fianzas mercantiles todas aquellas que reporten un interés comercial para el fiador

1.4.3. Fianza personal y la fianza hipotecaria o prendaria: Para conocer el alcance de cada una las conceptualizaremos.

La fianza personal es aquella en donde *el fiador responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación por parte del deudor*⁴⁰ esta corresponde a la usualmente utilizada. En ella el acreedor tiene dos acciones personales a su favor una contra el deudor principal y otra contra el fiador para perseguir el pago de la obligaciones en los bienes de cada uno con excepción de los inembargables.

*El artículo 2.430 establece que la fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca... está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple*⁴¹ la fianza hipotecaria constituye más beneficios y seguridad para el acreedor pues con la constitución de ella el acreedor posee tres acciones de persecución estas son en contra del deudor, del fiador y finalmente de terceros poseedores. Y esta fianza puede ser otorgada por parte del fiador para caucionar, ya sea, la obligación principal del deudor o asegurar su propia obligación de deudor subsidiario

⁴⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 117

⁴¹ MIEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, Décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 73

1.4.4. Fianza limitada e ilimitada: *La fianza será limitada o definida cuando se limite a una cantidad determinada*⁴² o las obligaciones están determinadas concretamente, especificándose las obligaciones que el fiador cargara sobre si, relación el artículo 2.367 a determinado que: *“El fiador que inequívocamente haya, limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota”*⁴³.

*Será ilimitada o indefinida, cuando no se determinen las obligaciones que garantiza el fiador o la cuantía de su responsabilidad*⁴⁴ en cuanto a esta fianza ilimitada se debe estar a lo dispuesto en el artículo 2.347 el cual señala que la fianza no deberá extenderse más del tenor de lo expreso. Pero ella al ser ilimitada, no pone objeciones con respecto a intereses y costas hasta el primer requerimiento al deudor, todas ellas que se devenguen de la obligación principal, es por ello que el fiador de las llamas fianzas ilimitadas deberá responder por ellas en las mismas condiciones en que las hubiese hecho el deudor principal; así como también de las indemnizaciones de perjuicio sobrevinientes del incumplimiento principal, no importando cual sea la obligación.

1.4.5. Fianza simple y fianza solidaria: La fianza simple es la comúnmente utilizada, mas no importa mayor garantía al acreedor pues el fiador goza del beneficio de excusión y de división; pero el acreedor en su afán de encontrar las mejores y más eficaces garantías para el cumplimiento de su obligación encontró el modo de obligar de manera mas dura y efectiva al fiador mediante la constitución de solidaridad de este con la obligación , haciendo que ellos además de ser fiadores se constituyan en codeudores solidarios, rigiendo para él entonces las estipulaciones referidas a este ultimo según el código civil francés, de esta forma el *“el efecto que produce es privar a aquel del beneficio de excusión... significando también que no puede oponerse el beneficio de división”*⁴⁵, al contrario de esta

⁴² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M. Y VODANOVICH H., A., *“Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones”*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942, t. IV, p. 701

⁴³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

⁴⁴ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 74

⁴⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 75

vertiente nuestra legislación a llegado a la conclusión que no se puede apartar al fiador solidario de su carácter de fiador

CAPITULO II: EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR.

INTRODUCCION

El acreedor y el fiador son las partes en la fianza. Y los efectos que nacen de este contrato entre las partes, debemos analizarlos a partir de dos momentos, estos son, antes que el acreedor demande al fiador y después que se realice la reconvención de pago o la demanda propiamente tal.

Esta distinción se encuentra contenida en los artículos 2353 a 2368 del Código Civil.

2.1 Efectos anteriores a la reconvención hecha por el acreedor al fiador.

2.1.1 Antes de la exigibilidad de la obligación. “*Antes que el acreedor demande al fiador, y aun antes que la obligación se haga exigible*”⁴⁶, puede pagar la obligación antes que esta sea exigible, esto dice relación con el pago efectivo que realiza el fiador al acreedor, incluso antes de ser reconvenido de pago por el acreedor. Dicho pago anticipado será “*en todos los casos en que pudiere hacerlo el deudor conforme al art. 2353 del CC.*”⁴⁷, y haciéndolo en igualdad de condiciones que el deudor principal.

Se sabe que la fianza es un contrato que garantiza una obligación que no tiene un cumplimiento inmediato por lo que se espera un plazo o condición para que se verifique el cumplimiento o incumplimiento del deudor principal, es decir se requiere de un lapso de tiempo determinado. “*Por esta circunstancia el legislador se pone en el evento de que*

⁴⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., Derecho Civil Fuente de las Obligaciones. Editorial Nacimiento, Santiago, 1942, t. IV, Página, P. 705

⁴⁷ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “*Lecciones de derecho civil chileno*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 184

el fiador desee pagar anticipadamente, y lo autoriza a hacerlo siempre que el deudor principal estuviese facultado para hacerlo”⁴⁸

De este modo hay que realizar una distinción si la obligación es a plazo. Si la obligación se encuentra sujeta a plazo, el fiador por regla general puede realizar el pago anticipado de la obligación, pues “*lo normal es que el plazo se encuentre constituido en beneficio del deudor y entonces conforme el artículo 1497, es renunciable*”⁴⁹, siempre sujeto a las condiciones del crédito, pero si excepcionalmente esta constituido a favor del acreedor o de ambos no tendría el fiador la facultad de pagar anticipadamente, pues no sería tampoco un derecho del deudor principal.

Entonces si la obligación sujeta a fianza se encuentra bajo plazo, es decir, no es actualmente exigible, y el fiador paga anticipadamente, éste no podrá requerir de pago al deudor según la acción de reembolso hasta que no se haya expirado el plazo según art. 2373, pues este pago anticipado puede ser perjudicial para el deudor principal quien quedaría privado de interponer defensas en contra de las acciones del acreedor.

Si la obligación es condicional “*nada obsta a que el fiador pague antes que la condición se cumpla; pero entonces, en conformidad con el art. 1485 del CC., podría repetir lo pagado*”⁵⁰

Debemos distinguir igualmente en el pago anticipado si el fiador había dado o no aviso al deudor acerca del pago, es entonces del fiador “*deber de avisar al deudor del pago para evitar que este efectúe un doble pago al acreedor*”⁵¹ y si el fiador no aviso del pago al deudor, “*...podrá este oponerle todas las excepciones de que le mismo deudor hubiera podido servirse contra el acreedor al tiempo de pago...*”⁵² y si el deudor ignorando el pago anticipado por parte del fiador, paga nuevamente la obligación, “*...no tendrá el fiador recurso alguno contra el, pero podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor por el pago indebido...*”⁵³.

⁴⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 138

⁴⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 138

⁵⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 139

⁵¹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “*Lecciones de derecho civil chileno*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 185

⁵² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

⁵³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

2.1.2 Una vez exigida la obligación. Una vez exigible la obligación el fiador tendrá derecho para exigir al acreedor que accione en contra del deudor principal art. 2356 del CC., aun cuando el acreedor no haya reconvenido al fiador, si luego de hecho este requerimiento el acreedor no acciona oportunamente “ *no es responsable el fiador por la insolvencia al deudor durante el retardo, este derecho..., es un verdadero beneficio de excusión anticipado, y tiene por objeto no responsabilidad al fiador por la negligencia del acreedor al perseguir al deudor*”⁵⁴

2.2 Efectos posteriores a la reconvenición al fiador.

2.2.1. El acreedor podrá demandar al fiador una vez exigible la obligación: Para comenzar haremos dos advertencias: “*en primer termino, los autores están de acuerdo que para demandar al fiador, basta con que la obligación principal sea exigible,...en segundo termino el acreedor puede dirigirse contra el fiador mediante el procedimiento ordinario o ejecutivo*”⁵⁵ según corresponda, del primer termino nos referiremos con precisión en el capítulo siguiente.

El acreedor podrá demandar al fiador una vez exigible la obligación “*Mediante la acción personal que emana de la fianza*”⁵⁶, no siendo necesario que le deudor se constituya en mora o que el acreedor se haya dirigido antes contra el deudor principal, ejerciendo sobre el patrimonio del fiador el derecho de prenda general.

“*La definición del art.2.335 establece que el fiador se obliga a cumplir en todo o parte de la obligación, si el deudor principal no la cumple*”⁵⁷.

Con motivo de la exigibilidad de la obligación, debemos determinar si afecta la caducidad del plazo respecto del deudor al fiador, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina por una posición negativa⁵⁸, el fiador se compromete a pagar si el deudor principal no cumple con la obligación dentro del plazo estipulado , pero no

⁵⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 139

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil Fuente de las Obligaciones*. Editorial Nascimento, Santiago, 1942, t. IV, Página, P.706

⁵⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 139

⁵⁷ MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 85

⁵⁸ MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 86

antes de su vencimiento, ya que los hechos que producen la caducidad anticipada son personales y no gravan la obligación del fiador, lo mismo sucede con “ *la renuncia que haga el deudor no afecta al fiador, y que en consecuencia si el acreedor quiere demandar al fiador, este debe esperar el vencimiento del plazo*”⁵⁹.

A partir de este derecho de persecución del acreedor en contra del fiador a partir de la reconvencción, nacen defensas o excepciones que puede oponer el fiador al acreedor.

2.2.2 Defensas y excepciones que puede oponer el fiador al acreedor una vez reconvenido: estas defensas o excepciones reducen a cuatro; beneficio de excusión, beneficio de división, excepción de subrogación y excepciones reales o personales

2.2.2.a. beneficio de excusión: este beneficio es una característica de la fianza por su naturaleza, “*es la principal defensa del fiador contra el deudor*”⁶⁰, y se encuentra definido en el art.2.357 del CC. Como aquel “*en virtud del cual el fiador podrá exigir que antes de proceder contra el se persiga la deuda en los bienes del deudor principal...*”⁶¹, siendo facultativo para el acreedor, por la expresión “*podrá exigir*”, mas, hay ciertos casos en los que el acreedor deberá practicar la excusión antes de proceder contra el deudor, estos son:

- cuando así se haya estipulado
- cuando el fiador “*expresa e inequívocamente no se hubiere obligado a pagar lo sino lo que el acreedor no pudiere obtener del deudor*”⁶².

⁵⁹MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 86

⁶⁰ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “*Lecciones de derecho civil chileno*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 186

⁶¹CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

⁶² MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 88

i. Si bien es beneficio de excusión por regla general lo puede ejercer todo fiador, excepcionalmente existen casos en la doctrina y en la ley art.2.358 en los cuales el fiador no podrá imponer este beneficio.

- cuando el fiador haya renunciado expresamente en relación con el art. 12 del CC.
- “El que se ha obligado como codeudor solidario, pues se rige por los principios de la solidaridad, el es el consignado en el art. 1.514 *“da derecho al acreedor para perseguir a cualquiera de los deudores solidarios”*⁶³.
- *El beneficiario de una obligación natural, pues es necesario que la obligación principal produzca acción*⁶⁴

ii. Es necesario para que procesada esta excepción que se cumplan los requisitos según art. 2.358 del CC.:

- Que el fiador no este privado de el beneficio
- Debe oponerse en tiempo oportuno, según art. 2.358 *“ debe oponerse en e momento en que el fiador es requerido”*⁶⁵. El código de procedimiento civil viene a establecer un plazo determinado de esta regla, toda vez que *“considera a este beneficio como una excepción dilatoria,.... Y estas deben oponerse dentro del plazo de emplazamiento que tiene que carácter de fatal y en el juicio ejecutivo conjuntamente con a excepciones perentorias, en el plazo de días”*⁶⁶.

Excepcionalmente puede oponerse con posterioridad *“cuando el deudor al tiempo del requerimiento no tenia bienes y después los adquiriera... en este caso la solicitud del fiador se tramita incidentalmente”*⁶⁷

- el fiador debe indicar al acreedor los bienes del deudor principal; *“no basta con oponer el beneficio de excusión, sino que además debe señalar los bienes del deudor principal en los cuales el*

⁶³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 144

⁶⁴ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 94

⁶⁵ BARCIA LIEHMANN, RODRIGO, *“Lecciones de derecho civil chileno”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 187

⁶⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 144

⁶⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 145

*acreedor puede hacer efectivo su crédito*⁶⁸, si no se probara o no se realizara este tramite seria solo con fines dilatorios por parte del fiador, pues la persecución del acreedor hacia el deudor seria inútil. *“Pueden señalarse toda clase de bienes muebles o inmuebles, pero la señalización debe ser de tal manera precisa que permita al acreedor perseguir los bienes señalados.”*⁶⁹.

No se tomaran en cuenta a la hora de señalar los bienes para el beneficio de excusión:

- 1) *Los bienes existentes fuera del territorio del Estado art. 2.359 N° 1°*
- 2) *Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro. Art. 2.359 N° 2°*
- 3) *Los bienes cuyo dominio esta sujeto a condición resolutoria. Art. 2.359 N° 3°*
- 4) *Los bienes hipotecados a favor, de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de estas. Art. 2.359 N° 4°*⁷⁰.

La doctrina a agregado otros bienes que tampoco son susceptibles del beneficio de excusión siendo estos, *“aquellos que estén retenidos por orden judicial... y los bienes inembargables”*⁷¹, por su dificultad que le presentaría al acreedor la indivisión.

iii. En cuanto a los costos del beneficio de excusión, *“tiene el acreedor derecho a que el fiador anticipe los costos del excusión (art. 2.361 CC.)”*⁷², es decir el fiador deberá *“proveer de los fondos necesarios para sufragar los gastos que le demande la persecución del deudor”*⁷³, el Código francés le añade la calidad de requisito para que sea admisible la excusión. El motivo de dicho adelanto se funda en que el juicio será provechoso para el fiador pues se librara total o parcialmente de la obligación y que así el fiador no recurrirá a el con fines dilatorios.

⁶⁸ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, *“Lecciones de derecho civil chileno”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 188

⁶⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 146

⁷⁰ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 91

⁷¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 148

⁷² MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 94

⁷³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 151

Iv. Efectos del beneficio de excusión: varios son los efectos del beneficio de excusión a los cuales se refiere el art. 2.357 del CC.

En primer lugar al ser una excepción dilatoria suspende la entrada en juicio, y *“aunque solo puede ser momentáneamente, retarda la persecución al fiador”*⁷⁴, así en este lapso de tiempo el fiador quedara liberado de pagar.

Según el art. 2.369 del CC. *“si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado”*⁷⁵, de esta forma si los bienes señalados alcanzaban para cubrir el total de la obligación el fiador queda liberado de ella, pero si solo cubrió parte de ella *“a pesar de la negligencia de parte del acreedor queda siempre responsable del saldo... porque no se habría solventado la totalidad del crédito”*⁷⁶.

Si finalmente el acreedor tiene éxito en la persecución del deudor, trae consigo la extinción de la obligación principal y por lo tanto la extinción de la fianza.

2.2.2.b. Beneficio de división: este beneficio solo tiene cabida en las obligaciones con pluralidad de fiadores. Lo contempla en el art. 2.367 CC. Que dice *“si hubiere dos o mas 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”*⁷⁷, en nuestra legislación esta división opera de pleno derecho y a diferencia del beneficio de excusión que opera como una excepción perentoria.

⁷⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 152

⁷⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 94

⁷⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 153

⁷⁷ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

“El beneficio de división no es sino una consecuencia del carácter de conjunto que tienen las obligaciones de los fiadores”⁷⁸. La obligación será conjunta, cuando no tenga carácter de solidaria, toda vez que cada deudor solo está obligado a pagar una cuota en la deuda

“El código francés en su art. 2.025, proclama a los varios fiadores obligados al total de la deuda; pero el art.2.026 añade que, a menos que hayan renunciado al beneficio de división, podrán exigir que el acreedor divida previamente su acción y la reduzca a la porción de cada fiador”⁷⁹ esta división entonces no se produciría de pleno derecho.

Según el art. 2.367 *“si uno de los fiadores se torna insolvente, la insolvencia de un fiador gravará a los otros, es decir aumentará la responsabilidad de los otros.”⁸⁰*

i. Requisitos para que concurra el beneficio de división

- que exista pluralidad de fiadores
- es necesario que el fiador no haya renunciado al beneficio, *“como está establecido solo en beneficio de los fiadores, estos en consecuencia pueden renunciar a él.”⁸¹*
- Que los fiadores no se hayan constituido como fiadores solidarios pues según el *“art. 2.367... uno de los efectos que se siguen de pactarse solidariamente entre fiadores es privarse de este beneficio”⁸².*
- Que sean fiadores de una misma deuda y de un mismo deudor, aunque se hayan constituido en épocas distintas.

⁷⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil Fuente de las Obligaciones*. Editorial Nascimento, Santiago, 1942, t. IV, Página, P. 715

⁷⁹ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 95

⁸⁰ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, *“Lecciones de derecho civil chileno”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 187

⁸¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 155

⁸² SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 155

ii. efectos del beneficio de excusión: en virtud del art. 2.367 la división de la deuda entre los fiadores se hará por partes iguales, por regla general, teniendo dos importantes excepciones. Siendo la primera 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”*⁸³, cargando los fiadores que no han limitado su responsabilidad con una cuota mayor. La segunda excepción la encontramos en el caso de insolvencia de alguno de los fiadores, excepción que tratamos anteriormente a propósito de este mismo beneficio.

2.2.2.c. La excepción de la subrogación: Esta defensa del fiador en contra del acreedor, se encuentra 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”*⁸⁴, el cual se complementa con el art. 2371, mas aun con arreglo al art. 1610 se subroga en los derechos del acreedor.

*“Para ello es vital que el acreedor conserve sus acciones. Perdidas estas acciones, puesto el fiador en la incapacidad de subrogarse, queda imposibilitado para obtener el reembolso de los que pago”*⁸⁵.

- i. quienes pueden invocarla: esta excepción puede ser invocada por todo fiador, gratuito o remunerado, e incluso por la doctrina francesa se estima que puede

⁸³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 156

⁸⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

⁸⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 97

ser invocada incluso por los fiadores solidarios, así el fiador aunque se obligue solidariamente *“no pierde el carácter de tal y sigue rigiéndose por las reglas de la fianza, aun en sus relaciones con el acreedor”*⁸⁶, la doctrina opina que esta regla rige siempre que el acreedor haya obrado con dolo, pues de otra forma el fiador al ser solidario actúa como un deudor directo.

ii. Requisitos para que opere la excepción de subrogación: para que el fiador pueda oponer dicha excepción es necesario que concurren los siguientes requisitos.

a) que la pérdida de las acciones que ha de producirse por un hecho o culpa del acreedor así lo señala el art. 2381 N° 2°.

Cabe destacar que dentro de la culpa por la que responde el acreedor, *“se comprende aquella en que incurre el mandatario”*⁸⁷, pues estos actos se presumen efectuados por el mandante; si en cambio el hecho es efectuado por un tercero, este no será imputable pues será considerado como un caso fortuito, tampoco será imputable el hecho generado por el mismo fiador, *“según el principio de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa”*⁸⁸

b) Las acciones perdidas han de ser útiles al fiador, porque sino reportara beneficios, el acto del acreedor no ocasionaría perjuicios al fiador y por ende esta excepción perdería sentido.

c) Dichas acciones han de tenerlas el acreedor al momento reconstituirse la fianza, la doctrina se fundamenta en que *“ el fiador solo ha podido tener en*

⁸⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 157

⁸⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 160

⁸⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 161

*vista para subrogarse las acciones existentes al momento de obligarse, y no las que aun no estaban en el patrimonio del acreedor*⁸⁹

iii. Efectos de la excepción de subrogación: los efectos que provoca no son siempre los mismos, así el fiador *“puede liberarse total o parcialmente del pago”*⁹⁰ es entonces como debemos distinguir:

- Se extinguirá la obligación cuando las acciones perdidas por culpa del acreedor, y de haber subsistido, habrían obtenido el reembolso total de lo pagado al acreedor⁹¹
- Será una liberación parcial de la obligación, cuando la pérdida de las acciones produce que el fiador solo pueda obtener la restitución en parte de lo pagado contenido en el art. 2355 del CC.

*“Como mediante esta excepción el fiador pretende extinguir la obligación en todo o parte, corresponderá acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para que proceda”*⁹², haciendo referencia a la prueba al recurrir esta acción.

2.2.2.d. Las excepciones reales y personales: “el fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales que emanan de la obligación y las personales suyas”⁹³, como la de

⁸⁹SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 161

⁹⁰BARCIA LEHMANN, RODRIGO, *“Lecciones de derecho civil chileno”*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 188

⁹¹SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p.162

⁹²SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 162

⁹³SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL., *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 163

dolo, violencia o cosa juzgada, pero no las personales del deudor como incapacidad o cesión de bienes según lo contenido en el art. 2354 del CC.

Es así como debemos distinguir entre las acciones reales y las acciones personales. Serán acciones reales “*las inherentes a la obligación*”⁹⁴ y “*personales las que provienen de circunstancias particulares del obligado*”⁹⁵.

Llama la atención que el dolo, la violencia o la cosa juzgada sean tratados como excepciones reales, pues la nulidad solo puede ser pedida por la víctima del vicio

⁹⁴ BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “*Lecciones de derecho civil chileno*”, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 188

⁹⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 98

CAPITULO III

LA EXIGIBILIDAD O LA MORA DEL DEUDOR PARA REQUERIR DE PAGO AL FIADOR. ANALISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1 Discusiones doctrinarias

Para determinar los efectos reales de la mora, debemos como primer punto analizar el concepto de esta, su relación con el tiempo, el derecho y la diferenciación que existe entre ella y la exigibilidad de la obligación.

3.1.1 la mora en cuanto al tiempo

Para Wilfredo Yáñez: “Mora del deudor o mora solvendi: el retardo imputable en e cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor. Este retardo puede significar un incumplimiento definitivo, o meramente un atraso del deudor”⁹⁶. La mora es un transcurso de tiempo, por ende el tiempo jurídico, se comporta como una circunstancia. Es así como el tiempo jurídico se puede aludir de modos diversos, sea esta positiva, cuando atribuya efectos jurídicos a un acontecimiento que suceda o no suceda en el tiempo, y negativo, cuando para otorgar efecto jurídico pida que el acontecimiento se verifique sin intervalo de tiempo.

La norma ha tomado al tiempo como un transcurso, siendo en la prescripción y la mora donde se muestra con mayor intensidad el transcurso del tiempo como integrante del factum que genera los efectos jurídicos.

La mora debemos observarla como una situación jurídica que se configura con el devenir temporal, es entonces que debemos detectar temporalmente su desplazamiento; para ello requerimos de una obligación con plazo de vencimiento. Para

⁹⁶ YÁÑEZ GONZÁLEZ, WILFREDO, “*La Culpa y la Mora. un solo criterio de responsabilidad.*”, Editorial jurídicas, segunda edición, Santiago de Chile, 2006, p. 108

que haya retardo, ese plazo debe haber operado sin que la prestación se cumpla, es de esta forma como el tiempo se vuelve elemento esencial en el estado moratorio.

Retardo jurídico, es el transcurso de tiempo, pero no todo transcurso significa un retardo o demora, sino una vez transpuesto cierto límite temporal y cumpliendo con un elemento esencial de este estado y que es constituyente de este límite, ese elemento o hecho es la exigibilidad de la obligación. Es gracias a este hecho que el transcurso de tiempo dentro de la obligación pasa a tener relevancia y efectos. Dicho de otra forma la relación obligatoria se encuentra en reposo estando el acreedor en una situación de espera y su derecho obtiene actitud de expectativa de realización, en un segundo momento la obligación adquiere virtualidad de realización, por la transposición del límite que marca su exigibilidad, de ahí en adelante cesa la espera del acreedor quien ahora cuenta con la potencialidad para hacer efectivo su derecho crediticio, pero esta potencialidad en sí misma es insuficiente a la hora de enfrentarse al incumplimiento del deudor y la agresión temporal del vínculo, por ello se requiere, por regla general, de reconvención judicial conforme al Art. 1551 N^o 3 y es entonces que pasara a llamarse mora

Por lo anterior, es que no se puede hablar de incumplimiento si la prestación no era exigible, por ende tampoco de mora; por esto se hace necesario estudiar la exigibilidad a continuación

3.1.2 la exigibilidad: para que haya retardo, debe existir un incumplimiento en un deber de prestación en cuanto al tiempo, y para que ese incumplimiento se verifique debe ser susceptible de cumplimiento.

Para entender la exigibilidad es necesario fijar con claridad las premisas del derecho subjetivo del crédito, es así como el acreedor se encuentra en una situación ventajosa en relación al deudor, pero no por ello se encuentra exento de deberes, así el deudor solo deberá la prestación y el acreedor podrá exigir el cumplimiento de esta,

todos estos enmarcados en transcurros de tiempo delimitados en los cuales tendrán efectos y vida para el derecho.

La exigibilidad como tal debemos clarificarla como el punto que media entre el tiempo de espera del acreedor y la tardanza que una vez transpuesto provoca una situación jurídica a la esperada, que era el cumplimiento, es entonces la mutación entre el momento de espera y la potencialización de realizar la prestación, es entonces una pretensión accionable. Al tener la potencialidad de accionar contra el deudor, el acreedor puede o no hacerlo ya siendo exigible tolerará o soportará la ausencia de pago. Dependiendo del tipo de obligación, ya sea sujeta a condición, plazo, o pura y simple, será desde donde la exigibilidad del vínculo jurídico comience, así la exigibilidad podrá ser diferida en cuanto a el nacimiento de la relación o vínculo jurídico o inmediata.

3.1.3. Contraposición entre mora, exigibilidad, discusión propiamente tal

“La mora es el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido a la interpelación o requerimiento por parte del acreedor”⁹⁷ , y la exigibilidad es cuando llegamos al traspaso de tiempo desde la espera del cumplimiento a entregarle al acreedor la potencialidad de exigir el cumplimiento, es entonces la exigibilidad y específicamente *al hablar del pago* , *si no se cumple en esa época Siendo la antesala de la mora*⁹⁸ , un requisito previo de ella y no todo retraso suponen la mora. Tiene diferenciación en cuanto al instante de tiempo en el que se ejecutan, por un lado la exigibilidad es traspasar el límite en el cual el derecho crediticio puede exigirse como tal , es llegada la época en que la obligación debe cumplirse, se dice que se ha hecho exigible y la mora es un estado judicial, por el cual se quiere probar el perjuicio ocasionado a raíz del retardo en el cumplimiento, o dichas en otras palabras, los perjuicios ocasionados en el lapso de tiempo que va desde la exigibilidad en adelante cuando aun no se ha cumplido la obligación.

⁹⁷ YÁÑEZ GONZÁLEZ, WILFREDO, *“La Culpa y la Mora. un solo criterio de responsabilidad.”*, Editorial jurídicas, segunda edición, Santiago de Chile, 2006, p. 153

⁹⁸ YÁÑEZ GONZÁLEZ, WILFREDO, *“La Culpa y la Mora. un solo criterio de responsabilidad.”*, Editorial jurídicas, segunda edición, Santiago de Chile, 2006, p.120

Antes de la constitución en mora m entonces, se encuentra otro estado jurídico distinto “en el que puede exigirse la obligación principal, y en el cual, sin embargo, no podrían exigirse los perjuicios los perjuicios”⁹⁹.

Sabemos que es un punto discutido dentro de la doctrina si es necesario que el deudor se constituya en mora para que el acreedor pueda perseguir al fiador y si es o no un requisito esencial. Debemos entender como primer punto que: “son instituciones que provienen de causas enteramente distintas: una obligación es exigible desde que no haya plazo ni condición suspensiva pendiente que retarde sus efectos, desde que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación”¹⁰⁰ y la mora se registrara cuando el deudor no ha cumplido dentro de la época señalada por la manifestación de voluntad del acreedor para que se cumpla con la obligación, incumplimiento que, acarrea perjuicios para él. De ello se refiere Manuel Somarriva señalando que “en nuestro concepto ello no es necesario porque jamás el legislador ha establecido dicha exigencia, pues como dice el art. 2.335 basta con que el deudor principal no haya cumplido para que sea responsable el fiador”¹⁰¹ analizando las palabras de Somarriva debemos señalar que la ley debe interpretarse de manera restrictiva y estricta por lo que el incumplimiento lo podríamos situar en el lapso de tiempo que corre desde que la obligación se hace exigible al deudor, y no añade otros requisitos anexos a ella , como lo señalan algunos autores en una postura minoritaria, en donde se le dan interpretaciones equivocadas a la legislación. Además autores como Meza Barros, señalan que: “puede el acreedor perseguir al fiador desde que la obligación se hace exigible; no es menester que primeramente

⁹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “Teoría de las Obligaciones, Derecho Civil”, Editorial Jurídica Ediar y Conosur Ltda., Chile, 1988, p. 100

¹⁰⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “Teoría de las Obligaciones, Derecho Civil”, Editorial Jurídica Ediar y Conosur Ltda., Chile, 1988, p. 101

¹⁰¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “Tratado de las Cauciones”, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p.

*persiga al deudor principal*¹⁰², por ello se ve como una facultad para el acreedor, en contra de la cual el fiador puede interponer el beneficio de excusión, si esto no fuese de esta forma esta excepción o beneficio no tendría mayor relevancia en la aplicabilidad, de esta misma forma se refieren Alessandri y Somarriva, en donde señalan que: “*para que el acreedor pueda demandar al fiador, basta con que la obligación principal sea exigible, pero no se requiere que el deudor principal esté colocado en mora*”.¹⁰³

Sigue además la expresión si el deudor principal no cumple, dejando en claro el carácter de subsidiariedad que tiene el cumplimiento por parte del fiador, que se relaciona igualmente con la frase del código francés art. 2021 “*el fiador se obliga frente al acreedor a pagar a falta del deudor*”¹⁰⁴, ineludiblemente ambos legisladores obviaron el requisito de la mora para que al fiador le afecte la responsabilidad de cumplir lo pactado, estas frases sólo atañen al carácter subsidiario del fiador para cumplir la obligación “*e indicar en germen el beneficio de excusión de que goza el fiador*”¹⁰⁵.

Los autores pertenecientes a la postura que rechaza la sola exigibilidad de la obligación para que el acreedor requiera de pago al fiador, sostienen sus afirmaciones en base al art.2347 que señala “*La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.*”¹⁰⁶ De dicha frase contenida en este artículo no se puede sostener que sea necesaria la mora

¹⁰² MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*”, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 100

¹⁰³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil Fuente de las Obligaciones*. Editorial Nascimento, Santiago, 1942, t. IV, p. 706

¹⁰⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 151

¹⁰⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 151

¹⁰⁶ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

pues “con ello no se impone la obligación de hacer el requerimiento, sino únicamente se establece que si el ha existido el fiador debe pagar las costas que ocasione”¹⁰⁷

Si sólo la constitución en mora fuese considerado como un incumplimiento por sí mismo, en donde el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación, hablaríamos de eximir de responsabilidad, en cierto modo, pues dentro del lapso de tiempo que corre desde la exigibilidad y la mora, siendo que hablamos de una preexistencia de deberes y derechos que nacen a la vida del derecho junto con la relación jurídica que duermen en espera de la exigibilidad para luego despertar y recuperar su acción, pues según art. 1557: “se debe ,la indemnización de perjuicios desde que le deudor se ha constituido en mora...”¹⁰⁸, el profesor Abeliuk se refiere a esto señalando que el código fue muy estricto , y que apartándose del código francés y la legislación mayoritaria hizo requisito la reconvención judicial, dejando fuera todo media extrajudicial, de esta forma se le ha entregado a los deudores incumplidores una herramienta para pagar menos, por la disvalor de la moneda, así también lo ha entendido la corte suprema el 8 de agosto de 1991 en la casación en el fondo presentada por el fisco, en donde se estableció que los perjuicios se deben desde que se hace exigible , y en el momento que debieron satisfacerse las asignaciones.

Es desde la exigibilidad además que comienza a correr la prescripción de la obligación y si el plazo de prescripción viene corriendo es por que ya es exigible por parte del acreedor, no importando a quien, si a deudor principal o fiador, pues esto es una facultad exclusiva de él, pudiendo accionar contra ellos exigiendo el cumplimiento de la obligación que se encuentra en retardo o incumplida.

*“Mora del deudor o mora solvendi: el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor. Este retardo puede significar un incumplimiento definitivo, o meramente un atraso del deudor”*¹⁰⁹, ya esta definición al referirse a mora como un Retardo imputable en el cumplimiento de una obligación” nos habla de

¹⁰⁷SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 151

¹⁰⁸ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

¹⁰⁹ YÁÑEZ GONZÁLEZ, WILFREDO, *“La Culpa y la Mora. un solo criterio de responsabilidad.”*, Editorial jurídicas, segunda edición, Santiago de Chile, 2006, p. 108

que ya existe un incumplimiento y que este solo representa un elemento constitutivo de la mora y no un concepto símil de él, pues lógicamente el incumplimiento comienza antes de la interpelación del acreedor y por lo tanto antes de la constitución en mora. Además al referirse a la imputabilidad fortalece la visión mayoritaria a nivel doctrinal, y también interpretando la ley de forma estricta, pues es la mora un requisito para la indemnización de perjuicios según lo establece el art. 1557. La mora tiene mas relación en cuanto a que la exigibilidad de la obligación se produjo, con lo que se cumple el requisito de establecido en el código para que al incumplimiento se le atribuya culpa y por ende conlleve a la respectiva responsabilidad.

El requerimiento solo es necesario para dar aviso de que la demora ocasiona perjuicios y por ende indemnización de perjuicios, no establece el requisito indispensable para que el acreedor exija el pago. El uso de la mora en la practica es más bien es un modo de amedrentar por la vía judicial la voluntad del deudor, de modo que este apremio constituya para el un perjuicio. *“Pero ni siquiera será necesaria esa intimidación, cuando la obligación o la ley declaren expresamente”*¹¹⁰.

Si bien hay autores, que señalan que estos conceptos tienden a confundirse en base al art.1551 N° 1 del CC. , en el caso que el deudor no cumpla la obligación dentro del plazo estipulado, estos autores señalan que solo con el vencimiento del plazo nacería la mora , mas, no es así pues se refiere a que un hecho da origen al nacimiento de dos instituciones, vale decir, la mora y la exigibilidad, la prueba mas segura de que son instituciones distintas y que no se requiere de la constitución en mora del deudor para que el acreedor exija de pago al fiador se encuentra en el CC. en el mismo art. 1551el cual señala : “... salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”¹¹¹, un claro ejemplo de ello se encuentra en el art. 1949 del CC. *“al hablar de la mora del arrendatario en que es necesario, para que proceda la mora, que el arrendador*

¹¹⁰ RUIZ VADILLO, ENRIQUE, “*Derecho Civil*. Introducción al estudio Teórico-Práctico.”, editorial desconocida, 7ª edición, Bilbao, 1973, p. 258

¹¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “*Teoría de las Obligaciones*, Derecho Civil”, Editorial Jurídica Ediar y Conosur Ltda., Chile, 1988, p. 101

*requiera al arrendatario, y si requerido el arrendatario no restituye la cosa, será condenado a todos los perjuicios de la mora”.*¹¹²

3.2 Análisis jurisprudencial: ¿Debe ser judicialmente requerido el deudor? o , ¿Se requiere que el deudor principal esté en mora para hacer exigible la obligación del fiador?. Y es precisamente, sobre dichos cuestionamientos que se ha generado la discusión que será objeto de nuestro estudio.

Así, acerca de la primera de estas interrogantes, el profesor Somarriva ha señalado que *“ello no es necesario porque jamás el legislador ha establecido esta exigencia, pues como dice el artículo 2335, basta con que el deudor principal no haya cumplido para que sea responsable el fiador.”*¹¹³

Por otra parte, *“Lorenzo de la Maza, opina que sí, dado que el art. 2347 supone existencia de requerimiento, ergo supone existencia de mora”*¹¹⁴, pero esta postura ha sido criticada por el profesor Pescio, cuando señala que *“con ello no se impone la obligación de hacer el requerimiento, sino que solamente se establece que si él ha existido, el fiador debe pagar las costas que ocasiona.”*¹¹⁵

Señala también el profesor Somarriva, que la exigencia de que el deudor principal no haya cumplido la obligación, *“sólo tiene por objeto dejar de manifiesto el carácter de subsidiaria que tiene la fianza e indicar [...] el beneficio de excusión de que goza el fiador”*¹¹⁶, el cual según la Corte Suprema, consiste en el derecho que tiene el fiador para exigir al acreedor que antes de proceder en su contra persiga la deuda en los bienes del deudor principal.¹¹⁷

Así, puede desprenderse que como señala la Corte Suprema, en primer lugar, *“se debe proceder contra el deudor principal”*¹¹⁸, en virtud del beneficio de excusión del cual se podrá

¹¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *“Teoría de las Obligaciones, Derecho Civil”*, Editorial Jurídica Ediar y Conosur Ltda., Chile, 1988, p. 101

¹¹³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 142.

¹¹⁴ <http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/fianza.pdf>

¹¹⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 141.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Corte Suprema, 15 de Julio de 2008, Rol 3208-2008.

¹¹⁸ Corte Suprema, 11 de Julio de 2002, Rol 4347-2001, Ministros: Alberto Chaigneau del Campo; Fernando Castro Alamos; José Luis Pérez Zañartu; Milton Juica Arancibia; Nivaldo Segura Peña.

exigir al acreedor que se dirija primero contra el deudor principal y sólo si éste no le paga, proceda en contra suya. . A su vez, al respecto se ha señalado que el beneficio de excusión *“es una de las cláusulas de la esencia de la fianza sin el cual no se puede entender subsistente el contrato”*¹¹⁹

Cabe señalar que la *“palabra mora, demora, sugiere la idea de un retardo, dilación, tardanza, que el deudor emplea en el cumplimiento de la obligación; pero todo deudor que está en retardo, no está por esto solo en mora”*¹²⁰, ya que, *“conforme lo dispone el art. 1551 N° 1 del Código Civil, el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del plazo estipulado.”*¹²¹ En efecto, para que el deudor que está en retardo de cumplir su obligación, esté además en mora, es preciso que, dentro del criterio jurídico de la mora, la dilación cause perjuicio al acreedor¹²², de esta forma, *“La mora del deudor, se define como el retardo imputable a culpa o dolo de este en el cumplimiento de la obligación, una vez que ha sido requerido o interpelado por el acreedor.”*¹²³

Así, señala el artículo 1551 del Código Civil, que se encuentra en mora el deudor, en primer lugar, cuando no ha cumplido la obligación en el término estipulado, y al respecto la Corte Suprema señala que *“Estamos frente a un caso de interpelación contractual expresa por cuanto las partes han estipulado en el contrato el tiempo del cumplimiento, con lo cual se considera que el acreedor ha manifestado a su deudor que hasta esa fecha puede esperarlo y desde que se vence, el incumplimiento le provoca perjuicios”*¹²⁴, *“constituyéndose el deudor en mora sin requerimiento judicial, por haberse estipulado un plazo, el que se encuentra vencido.”*¹²⁵ No obstante, se señala que *“es requisito de la mora, según el número 3 del artículo 1551 del mismo cuerpo legal, la reconvencción*

¹¹⁹ Corte Suprema, 10 de Marzo de 2008, Inversiones Coihue S.A. con Jacqueline Edwards Braun, Rol 2979-2006.

¹²⁰ CLARO SOLAR, LUIS, *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago de Chile, 1979, v. V p. 732.

¹²¹ Corte Suprema, 26 de Marzo 2007, Rol 4470-2004.

¹²² CLARO SOLAR, LUIS, Op. Cit., p. 732.

¹²³ VIAL DEL RÍO, VICTOR, *“Manual del derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”*, Editorial Biblioteca Americana, primera edición, Santiago de Chile, 2003, p. 232.

¹²⁴ Corte Suprema, 26 de Marzo 2007, Rol 4470-2004, Ministros: Jorge Rodríguez Ariztía; Margarita Herreros Martínez; Sergio Muñoz Gajardo.

¹²⁵ Corte Suprema, 11 de Julio de 2002, Rol 4347-2001, Ministros: Alberto Chaigneau del Campo; Fernando Castro Alamos; José Luis Pérez Zañartu; Milton Juica Arancibia; Nibaldo Segura Peña.

*judicial al deudor para que pague la obligación.*¹²⁶, esta sentencia solo reafirma todo lo antes dicho, pues al referirse a el tiempo del cumplimiento , se refiere a la exigibilidad que en si misma constituye rama suficiente para pedir el cumplimiento y no requeriria de una instancia judicial para ello

De esta forma, *“la ley reglamenta la mora del deudor como uno de los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios que debe el deudor que infringe la obligación que emana de un contrato”*¹²⁷, lo que nos lleva a compartir la opinión de la Excelentísima Corte Suprema, cuando indica que *“sólo el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor directo, marca la exigibilidad de la responsabilidad del fiador”*,¹²⁸ lo que nos indica que la mora es un requisito, para la procedencia de la indemnización de perjuicios respectiva no sólo a nivel de la norma , en donde se ve de forma expresa señalada, sino que también al desglosar y analizar las los momentos de el incumplimiento de manera doctrinaria.

En consecuencia, en primer lugar, comparto las opiniones de los profesores Somarriva y Pescio, cuando señalan que no es necesario que se persiga judicialmente al deudor principal para poder perseguir al fiador, y es más, adherimos a la posición del profesor René Ramos Pazos, cuando señala que *“El beneficio de excusión o de orden de que goza el fiador no importa que el acreedor deba necesariamente perseguir primero al deudor; es facultativo para el fiador oponerlo y sólo en caso de que lo invoque, el acreedor debe accionar primeramente en contra del deudor principal.”*¹²⁹

En segundo lugar, y en base al argumento expuesto con anterioridad, incluso queda de manifiesto que tampoco es necesario que el deudor principal esté en mora, ya que si bien en el vínculo contractual con un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación, por el sólo vencimiento del plazo se constituiría en este estado, en el caso de tratarse de una obligación pura y simple sería necesaria la persecución judicial y, como

¹²⁶ Corte Suprema, 30 de Enero de 2001, Rol 4003-1999, Ministros: Humberto Espejo Zúñiga; José Fernández Richard; Juan Infante Phillipi; Marcos Libedinsky Tschorne; Urbano Marín Vallejo.

¹²⁷ Ibidem, pp. 233.

¹²⁸ Corte Suprema, 15/07/2008, 3208-2008.

¹²⁹ MEZA BARROS, RAMÓN, *“Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.”*, Editorial Jurídica de Chile, décima edición, Santiago de Chile, 2007, t. II, p. 85.

adelantamos en el párrafo inmediatamente anterior, no creemos que se trate en este caso de un trámite indispensable para perseguir al fiador.

Por otra parte, y respecto al beneficio de excusión, como una garantía de la subsidiariedad del fiador, ya que “mal puede un codeudor solidario alegarlo para sí”¹³⁰, creemos haber demostrado en base a la jurisprudencia citada, que en este caso sí es necesaria la persecución judicial, y específicamente en el proceso ejecutivo.

¹³⁰ Corte Suprema, 23 de Abril de 2007, Rol 4545-2005, Ministros: Jorge Rodríguez Ariztía; Juan Araya Elizalde; Margarita Herreros Martínez; Sergio Muñoz Gajardo.

CONCLUSIONES

El requerimiento, parte constitutiva de la mora, no es sino una mera intimidación hacia el deudor para que realice el cumplimiento lo antes posible, pero no anula la capacidad de requerir el cumplimiento de la obligación de forma extrajudicial al fiador, facultad que posee el acreedor desde la exigibilidad de ella. Entendemos entonces que la mora es por una cuestión más bien práctica, pues esta “amenaza” sufrida por el deudor lo empuja a cumplir más prontamente con la obligación., así lo señala la sentencia de la Corte Suprema, 30 de Enero de 2001

Ambas pertenecen a temporalidades distintas en su nacimiento, una nace al tener potencialidad de cumplimiento la obligación y la otra judicializando el incumplimiento.

Las instituciones estudiadas, no tiene como raíz el mismo motivo, y por ende sus efectos en el derecho tampoco son similares, si bien uno es parte del otro como requisito, caracterizamos a uno como la especie y otro como el género, dentro del cumplimiento de las obligaciones.

Finalmente, y en base a todo lo expuesto, afirmamos que la persecución judicial, más que ser un arma en contra del fiador, es una garantía cuando se da directamente en contra de este, debido a que le permite presentar el beneficio de excusión por vía de la excepción. A su vez, respecto de la constitución en mora del deudor, consideramos que para los efectos de obtener el pago por parte del fiador, esta es irrelevante, pues hemos afirmado sistemáticamente que este solo es elemento requerido para requerir la indemnización de perjuicios, así lo hemos precisa con las sentencias de la corte suprema antes señaladas y en base a los argumentos presentados por destacados académicos del derecho civil, por ende es una idea ajena al cumplimiento por parte de fiador

BIBLIOGRAFIA

1.- Textos Especializados:

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M. Y VODANOVICH, A., “*Curso de Derecho Civil. Fuente de las obligaciones*” tomo IV, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, año 1942.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “*Teoría de las Obligaciones, Derecho Civil*”, Editorial Jurídica Ediar y Conosur Ltda., Chile, 1988,
3. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “*Derecho Civil de los contrato*”, segunda edición, Librería y Editorial Zamorano y Caperan, Santiago de Chile , año 1940.
4. BARCIA LEHMANN, RODRIGO, “*Lecciones de derecho civil chileno*”, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007
5. CLARO SOLAR, LUÍS, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”, vol. V “De las obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago de Chile, mayo de 1979.
6. DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN A., “*Instituciones De Derecho Civil*”, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid España, 1995.
7. FUEYO LANERI, FERNANDO, “*Derecho civil*”, Tomo IV, Imp. Y Lito. Universo S.A., Valparaíso, Chile, 1958.
8. JOSSE RAND, LOUIS, “*Teoría general de las obligaciones*”, Editorial Parlamento Ltda., Santiago de Chile, 2008.

9. MEZA BARROS, RAMÓN, “*Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones.*” Décima edición, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Marzo de 2007.
10. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, “*Derecho Civil. Introducción al estudio Teórico-Práctico.*”, editorial desconocida, 7ª edición, Bilbao, 1973
11. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “*Tratado de las Cauciones*”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, año 1943
12. VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, “*Manual del derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*”, 1ª edición, Editorial Biblioteca Americana, Santiago de Chile, 2003.
13. YÁÑEZ GONZÁLEZ, WILFREDO, “*La Culpa y la Mora. un solo criterio de responsabilidad.*”, segunda edición, Editorial jurídica, Santiago de Chile , 2006

2.- Jurisprudencia:

1. **Corte de Apelaciones de Antofagasta**, 30 de Octubre de 2007, Jorge Reginaldo Rodríguez Riquelme con María del Pilar Ubilla Salinas, Rol 368-2007, considerando 5º.
2. **Corte de Apelaciones de Iquique**, 09 Octubre de 2007, Rol 77-2007, Ministros: Erico Gatica Muñoz.

3. **Corte de Apelaciones de Santiago**, 04 de Abril de 2007, Rol 3471-2006, Ministros: Carlos Cerda Fernández; Francisco Tapia Guerrero; Omar Astudillo Contreras.

4. **Corte Suprema**, 10 de Marzo de 2008, Inversiones Coihue S.A. con Jacqueline Edwards Braun, Rol 2979-2006.

5. **Corte Suprema**, 11 de Julio de 2002, Rol 4347-2001, Ministros: Alberto Chaigneau del Campo; Fernando Castro Alamos; José Luis Pérez Zañartu; Milton Juica Arancibia; Nibaldo Segura Peña.

6. **Corte Suprema**, 13 de Diciembre de 2006, Rol 2015-2005, Ministros: Jorge Medina Cuevas; Orlando Alvarez Hernández; Patricio Valdés Aldunate.

7. **Corte Suprema**, 15 de Julio de 2008, Rol 3208-2008.

8. **Corte Suprema**, 23 de Abril de 2007, Rol 4545-2005, Ministros: Jorge Rodríguez Ariztía; Juan Araya Elizalde; Margarita Herreros Martínez; Sergio Muñoz Gajardo.

9. **Corte Suprema**, 24 de Octubre de 2007, Rol 5303-2007, Ministros: Hernán Alvarez García; Orlando Alvarez Hernández; Oscar Herrera Valdivia; Patricio Valdés Aldunate; Urbano Marín Vallejo

10. **Corte Suprema**, 24 de Septiembre de 2007, Rol 748-2006, Ministros: Gabriela Pérez Paredes; Orlando Álvarez Hernández; Patricio Valdés Aldunate; Urbano Marín Vallejo.

11. **Corte Suprema**, 26 de Marzo 2007, Rol 4470-2004.

12. **Corte Suprema**, 29 de Mayo de 2008, Rol 1484-2008, Ministros: Domingo Hernández Emparanza; Gabriela Pérez Paredes; Julio Torres Allú; Patricio Valdés Aldunate; Rafael Gómez Balmaceda.

13. **Corte Suprema**, 30 de Enero de 2001, Rol 4003-1999, Ministros: Humberto Espejo Zúñiga; José Fernández Richard; Juan Infante Phillipi; Marcos Libedinsky Tschorne; Urbano Marín Vallejo.

3.- Internet

1. <http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/fianza.pdf>

ABREVIATURAS

CC..... Código Civil.

Art.....Artículo.

P.....Página.

C. Sup.....Corte Suprema.