

ÍNDICE GENERAL

La fianza

Autor: Victorio Pescio Vargas

Editorial El Jurista /(1926) 2026

www.librotecnia.cl

INTRODUCCIÓN 9

1. El Derecho y la idea del crédito. Significación de esta última palabra 9
2. La idea de crédito está íntimamente ligada con el plazo. Medios diversos que la ley emplea para dejar a salvo los derechos de los acreedores mientras se hace exigible la obligación, etc. 10
3. División de las Cauciones en Reales y Personales. Los depósitos de dinero en garantía de ciertas obligaciones no constituyen propiamente una fianza. Crítica a ciertos errores. Nociones generales sobre las diversas cauciones 12
4. Resumen 15

I PARTE 17

Capítulo Primero

NOCIONES SUMARIAS DE LA CAUCIÓN EN EL DERECHO ROMANO 19

5. En el rigorismo de las leyes romanas la gens entera respondía de la deuda de cualquiera de sus miembros 19
6. De los Adstipulatores y de los Adpromissores en general 20
7. Los acreedores romanos prefirieron en la primera época las cauciones personales a las reales. Diversas clases de cauciones personales ... 20
8. De la sponsio 21
9. De la fidepromissio 23

www.librotecnia.cl

10. De la <i>Fidejussio</i>	24
10 bis. Del carácter accesorio y transmisible de la <i>fidejussio</i>	25
10 terc. De las relaciones entre <i>fidejussor</i> y el acreedor	26
11. De los beneficios de división y de discusión en la <i>fidejussio</i> . De la <i>fidejussio indemnitis</i>	27
12. De las relaciones entre <i>fidejussores</i> y de las de estos con el deudor principal. Del beneficio de cesión de acciones	30
13. Extinción de la <i>fidejussio</i>	32
14. Del <i>Mandatum Pecuniae Credendae</i>	32
15. Del <i>constituto debiti alieni</i>	34

Capítulo Segundo

DE LA FIANZA EN EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL Y ESPECIALMENTE EN LAS SIETE PARTIDAS

16. La legislación española, inspirada en el Derecho Romano	37
17. ¿Qué se entendía por fianza o fiadura?	37
18. De la capacidad en la fianza	38
19. Del Senado-Consulto Velezano. Su aplicación en las Siete Partidas	39
20. Idem en el Fuero Real	43
21. Nulidad de la fianza obtenida por engaño en las obligaciones de los menores	44
22. Obligaciones que según las Siete Partidas podían caucionarse	44
23. Calidades que debía reunir el fiador propuesto por el deudor	45
24. Requisitos externos de la fianza	45
25. Modalidades de la fianza	46
26. La obligación del fiador no podía ser más gravosa que la principal	46
27. El Fuero Real y la identidad de las dos obligaciones principal y accesoria	46
28. De las relaciones entre acreedor y fiador	47
29. Del beneficio de división	47
29 bis. Del beneficio de excusión	48
30. De la cesión de acciones	48
31. Derechos del fiador que había pagado	49

32. Relaciones entre el fiador y el deudor	49
33. Obligaciones del deudor con respecto al fiador y vice-versa	50
34. Transmisibilidad de las obligaciones del fiador	51
35. Efectos de la fianza entre los fiadores	51
36. Extinción de la fianza	52
37. De la fianza en las legislaciones posteriores a las Siete Partidas . . .	53
38. De las leyes españolas que rigieron en Chile	54
39. De la fianza en el Antiguo Derecho francés	55

II PARTE 57

Capítulo Tercero

GENERALIDADES DEL CONTRATO DE FIANZA. DE SU CONSTITUCIÓN Y SUS REQUISITOS 59

40. Diversas especies de la fianza	59
41. El art. 46 del Código Civil. Caucciones que dicha disposición legal no enumera	59
42. Ubicación de la Fianza en nuestro Código. Id. En el francés. Opiniones de Laurent y de Paul Pont. Ubicación en otros Códigos extranjeros	60
43. Definición del contrato de fianza. Críticas	62
44. La fianza siempre es un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor. Impropiiedad de la división, a este respecto, en fianza convencional, legal y judicial	63
45. No pierde la fianza su carácter convencional a pensar de la sentencia que se dicte obligando al DEUDOR a hacerla constituir	64
46. Características de este contrato. ES CONSENSUAL	64
47. Cómo se perfecciona el consentimiento. Cómo en la fianza comercial; del aval; fianza legal, Opinión de Pothier. Fianza judicial; la promesa	65
48. Aún cuando la fianza sea consensual requiere escritura de acuerdo con los Arts. 1708, 1709 y 1711 del Código Civil	66
49. Sistema de los códigos extranjeros. Opinión de Guillouard	66

50. A pesar de ser el contrato simplemente consensual el CONSENTIMIENTO DEBE SER EXPRESO	67
51. ¿Por qué?	68
52. Para expresar el consentimiento, no es necesario, sin embargo, el empleo de palabras sacramentales	68
53. La sola firma no basta a constituir la fianza. Opinión de Ricci. Jurisprudencia extranjera. Jurisprudencia nacional. La firma en el endoso de un cheque al portador	69
54. La fianza debe ser expresa únicamente respecto del fiador	70
55. En el caso de duda sobre la intención de las partes debe resolverse en contra de la existencia de la fianza	70
56. Convenciones similares a la fianza. Estipulación por otro	71
57. De la expromisión	73
58. Del mandatario que toma sobre sí los riesgos de la insolvencia de aquellos con quienes contrata	74
59. Idem; <i>del credere</i> ; <i>ducroire</i> , etc.	74
60. Estas operaciones o convenciones se realizan entre comerciantes	75
60 bis. Similitud de la fianza con la cláusula penal. Diferencia	76
61. Si las recomendaciones o consejos constituyen fianza. No se pueden dar reglas fijas a este respecto. Opiniones de Ricci y de Troplong sobre el particular. Legislación extranjera	77
62. La recomendación o consejo puede ser fuente de obligaciones. Argumento basado en los Arts. 1458 y 2119 de nuestros Código Civil. Orígenes. Nuestra jurisprudencia	79
63. División de la fianza en DEFINIDA E INDEFINIDA. Controversia	81
64. De la fianza definida o limitada y de sus atributos	83
65. No puede extenderse de Personas <i>ad Personam</i>	84
66. Quid a propósito de la transmisibilidad de las obligaciones del fiador	84
66 bis. Quid en la cesión del usufructo	85
67. Idem	86
68. Que en el matrimonio de la mujer usufructuaria	87
69. Ejemplos en aplicación del axioma del N° 65. Efectos de la contravención a ese principio	88
70. La fianza no puede extenderse de <i>Re ad Rem</i> . Explicación y aplicaciones. Jurisprudencia. La doctrina	89

71. La fuerza ejecutiva en la fianza limitada. Jurisprudencia	93
72. LA FIANZA LIMITADA NO PUEDE EXTENDERSE DE TEMPORE AD TEMPUS. Explicación y aplicaciones. Doctrina; jurisprudencia	93
73. De la fianza ilimitada. Alcance o extensión de dicha fianza. El Art. 2347 de nuestro Código Civil y su aplicación	95
74. Por amplia que sea la fianza no comprende pagos que tengan una causa extraña a la obligación afianzada. Jurisprudencia	97
75. El art. 1647 del Código Civil en cuanto a la fianza	98
76. No debe perderse de vista el criterio restrictivo en la interpretación de la fianza, aún en la ilimitada	99
77. Carácter UNILATERAL de la fianza. En que consiste	99
78. Influencia de lagunas obligaciones del deudor para con el fiador en la unilateralidad del contrato	99
79. Idem por las obligaciones del acreedor	100
80. Casos en que la fianza se hace BILATERAL	100
81. Idem cuando el acreedor remunera el acreedor	100
82. Se puede afianzar ignorándolo el deudor y aun contra su voluntad. Del Art. 2345 de nuestro Código Civil	100
83. Controversia doctrinal sobre la unilateralidad de la fianza	101
84. Idem	102
85. La fianza es un contrato GRATUITO. Razones	102
86. Respecto de quién es o puede ser gratuito	103
87. Por regla general no lo es respecto del acreedor	103
88. Casos en que lo es respecto del acreedor	103
89. No es de la esencia del contrato que sea gratuito. Se trata de una circunstancia natural	104
90. Si es el acreedor quien paga la remuneración, la fianza se transforma en seguro	104
91. Si es reductible la remuneración que se le paga al fiador	104
92. Importancia que el contrato sea o no gratuito. Prestación de la culpa	105
93. Id. con respecto al error	106
94. Id. respecto a la acción Pauliana: 1º la Fianza es plenamente gratuita; 2º La fianza es remunerada por el deudor. El art. 2468 N° 1º de nues-	

	tro Código Civil; 3º La fianza es remunerada por el acreedor; 4º El fiador se obligó en virtud de obligaciones que contrajo el acreedor. Caso de un contrato bilateral que no es oneroso	106
95.	A pesar de su gratuidad la fianza no es una donación ¿Por qué? Jurisprudencia	108
96.	Carácter ACCESORIO de la fianza	109
97.	Primera Consecuencia. El contrato principal debe EXISTIR	109
98.	El acto o contrato principal no debe adolecer de nulidad. Respecto del acto o contrato nulo de nulidad absoluta o de pleno derecho . .	110
99.	Respecto del anulable o rescindible. Distinción necesaria. Obligaciones que subsisten, pero en el carácter de naturales. Consecuencias. Si la anulabilidad está fundada en el error, la fuerza o el dolo. Si las obligaciones naturales son susceptibles de ser afianzadas. Nuestro Derecho. Controversia de los juristas franceses, italianos, etc. . . .	111
100.	Si el contrato principal es INÚTIL	113
100 bis.	Referencia a un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena en cuanto desvirtúa el carácter accesorio de la fianza	113
101.	SEGUNDA CONSECUENCIA	114
101 bis.	De la fianza limitada inequívocamente a una suma o cuota de la deuda. Art. 2367 inc. 3º del Código Civil. Jurisprudencia	116
102.	De la <i>FIDEJUSSIO INDEMNITATIS</i> en nuestro Derecho. Carácter variable de esta fianza	116
103.	Dificultades en la imputación al pago que nacen del caucionamiento parcial. La <i>fidejussio indemnitis</i> y el beneficio de excusión. El Art. 2365 de nuestro Código Civil	116
104.	El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal. Disposiciones de los Proyectos. El exceso no solo se refiere a la cantidad, sino al tiempo, al lugar, a la condición, al modo y a la pena impuesta en caso de inejecución del contrato	119
105.	Nuestro Código no se ha referido a la calidad, ¿por qué?	120
106.	En cuanto al carácter liquido o ilíquido de ambas obligaciones. Jurisprudencia	120
107.	La prestación del fiador debe ser la misma que la del deudor principal	121
107 bis.	Ineficacia de la fianza si la prestación fuera distinta	122
108.	¿Qué se entiende y cuándo la obligación del fiador es “ <i>in duriores causa</i> ”? Idem “ <i>leviores causa</i> ”? Respecto de la cantidad	122

109. Respecto del tiempo	123
110. Idem. Dificultad en la aplicación de este artículo con el 1495 del Código Civil	123
111. Aplicación variada en el Art. 1649 del Código Civil	124
112. Excepción en el Código de Procedimiento Civil	125
113. Respecto de la condición. La fianza implícitamente está afecta a las modalidades favorables de la obligación principal	125
114. Respecto del lugar	126
115. Respecto del modo. Obligaciones alternativas	127
116. Respecto de la pena impuesta	128
117. Respecto de los privilegios. Jurisprudencia. Interesante sentencia de nuestra Excma. Corte Suprema	128
118. Dificultades respecto de los fiadores solidarios	129
119. El fiador puede obligarse de un modo más eficaz. Agregación de hipotecas y prendas	129
120. Sanción en caso de que la fianza exceda a la obligación principal. La fianza no es nula en tal caso; es reductible	131
121. Tercera consecuencia. El fiador puede oponer las excepciones reales del deudor principal	132
122. Cuarta consecuencia. La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal	132
123. La fianza, ¿es un contrato condicional?	133
123 bis	134
124. De la transmisibilidad de la fianza	134
125. De la prisión por deudas respecto de los fiadores de aquellas personas que aún están sujetas a esa clase de apremio personal	135
126. De la sub-fianza	136
127. De las modalidades de la fianza	137

Capítulo Cuarto

DIVERSAS CLASIFICACIONES EN LA FIANZA 139

128. Según ciertos caracteres la fianza se divide en varias clases	139
129. De la fianza convencional, legal y judicial. Generalidades. Impropiedad de la expresión. Casos concretos en que la fianza es un efecto que la ley da por sí sola a ciertos actos	139

130. De algunos casos en que la fianza legal es meramente optativa. Explicación	141
131. Rápida revista a diversos casos de fianza legal	142
132. Si una persona está por ley obligada a rendir fianza, el fallo judicial que al efecto se dicte condenándola y constatando la existencia de esa obligación, no transforma la fianza legal en judicial	143
133. De la fianza judicial. Algunas reflexiones	143
134. Fianzas que solo pueden imponerse en virtud de una SENTENCIA, Arts. 755, 932, 1292, 1315 del Código Civil	144
135. Rápida hojeada a las fianzas del Código de Procedimiento Civil . .	145
136. Idem respecto del de Procedimiento Penal	147
137. ¿Una fianza policial? Arts. 283 y 288 del Código de Procedimiento Penal. Críticas. Censuras	147
138. Nociones sobre la excarcelación bajo fianza	149
139. La fianza como pena	151
140. Continuación	151
141. Nuevos comentarios sobre la fianza en el Código de Procedimiento Penal	152
142. Vacíos en nuestra legislación procesal que respecto de la fianza urge llenar	153
143. Las solemnidades en la fianza legal	154
144. Características especiales de la fianza legal y judicial. En cuanto al monto	154
145. En cuanto a la duración	154
146. De la substitución de la fianza por una prenda o hipoteca	155
147. Controversia sobre este tema en el Derecho Civil francés. Otras legislaciones	157
148. En la fianza judicial no hay lugar al beneficio de excusión. Anomalía inexplicable	157
149. Criterium para apreciar la suficiencia de la prenda o hipoteca que se substituyen a la fianza. Jurisprudencia	158
150. La fianza puede ser simple y solidaria. Definiciones. Abundancia práctica de la fianza solidaria	159
151. Modo habitual de constituirse la fianza solidaria	159
152. Cómo se presenta la solidaridad en la fianza	159

153.	La solidaridad, en estos casos, puede provenir también, de la ley, del testamento y de la convención	160
154.	Uno de los primeros efectos de la solidaridad en la fianza es la pérdida de los beneficios de excusión y de división. Si la solidaridad es sólo entre los fiadores, conservan el beneficio de excusión. Controversia. Argumento basado en el Art. 2367	162
155.	La simple renuncia de los beneficios de excusión y de división no transforma a la simple fianza en solidaria	163
156.	Grave controversia sobre el alcance de la solidaridad en la fianza: Si debe asimilarse o no a los fiadores solidarios a los co-deudores solidarios en sus relaciones con el acreedor	163
157.	Cómo se presenta esta cuestión en el Derecho francés. Opiniones en pro: Delvincourt, Zachariae, Duranton, etc. Jurisprudencia Francesa	163
158.	La mayoría de los modernos comentaristas franceses rechazan esa teoría pronunciándose por la negativa. Argumentos	164
159.	La cuestión en nuestro Derecho. Dificultades provenientes de una mala expresión de nuestro legislador. D. Andrés Bello inspirado en la doctrina de Delvincourt. Nuestros autores	165
159 bis.	La historia fidedigna de la ley es contraria a la solución que adoptamos	166
160.	Cómo aprecia nuestra jurisprudencia esta cuestión. Decisiones contradictorias	167
161.	Consecuencias derivadas de la circunstancia de no ser asimilable la fianza solidaria a la co-deuda solidaria	168
162.	Primera consecuencia. La obligación del fiador solidario no puede ser más gravosa que la obligación principal	168
163.	Segunda consecuencia. Relación con los Arts. 2355 y 2381 N° 2 del Código Civil	169
164.	Tercera consecuencia. La excepción de compensación; dificultades; estudio del Art. 1657 de nuestro Código Civil y de los Proyectos . .	169
165.	Cuarta consecuencia. Respecto del Art. 2369 de nuestro Código Civil	170
166.	Quinta consecuencia. Respecto del Art. 2496 del Código Civil; de la interrupción de la prescripción	170
167.	Sexta consecuencia. Respecto del Art. 2356 del Código Civil . . .	170
168.	Séptima consecuencia. Respecto del Art. 2372 del mismo Código	171

169.	Que reglas se aplican si se trata de un “fiador y CO-DEUDOR SOLIDARIO”; opiniones de los tratadistas	171
170.	Nuestra jurisprudencia a este respecto es contradictoria	172
171.	Cuál es la tendencia en la vida práctica en materia de fianza solidaria. Conclusiones	172
172.	El Art. 1º del Código de Comercio; división de la fianza en civil y comercial	173
173.	Error en que ha incurrido nuestro legislador	173
174.	La verdadera doctrina	174
175.	Idem en cuanto al aforismo de que lo “accesorio sigue la suerte de lo principal”	174
176.	Importancia de la división de la fianza en civil y comercial	174
177.	Primera consecuencia derivada de la distinción: la fianza comercial es solemne; en qué consiste la solemnidad; del aval	174
178.	Segunda consecuencia: la competencia de los Tribunales en la fianza comercial	175
179.	Tercera consecuencia: en cuanto al procedimiento	176
180.	La fianza puede ser más dura en cuanto el fiador se obliga dando en garantía una prenda o hipoteca. División de la fianza en personal, prendaria e hipotecaria	176
181.	Dicha circunstancia no influye substancialmente en las relaciones jurídicas de las partes: solo significa que el acreedor dispone también de una acción real sobre la cosa dada en garantía y del dominio del fiador	177
182.	En estos casos el acreedor dispone de 3 acciones; cuales son; si el acreedor hace uso de la acción real el fiador no puede oponerle el beneficio de excusión ni el de división; ¿por qué?	177
183.	Si el acreedor entabla su acción personal subsidiaria en contra del fiador son plenamente aplicables las reglas de la fianza	178
184.	Dudas al respecto si se trata de fianza prendaria; falta de preceptos legales y de jurisprudencia al respecto	178
185.	De la caución juratoria en general	179
186.	Caso único de aplicación en nuestras leyes. El Art. 777 inc. 5º del Código Civil. Condiciones restringidas en que se la admite	180
187.	Cómo se constituye la caución juratoria	181
188.	Responsabilidad del fiador en estos casos	182

Capítulo Quinto
DE LOS REQUISITOS NECESARIOS A LA EXISTENCIA
DEL CONTRATO DE FIANZA 183

189. El Art. 1444 del Código Civil; de los requisitos esenciales generales 183
190. Cuáles son dichos requisitos. Diversas opiniones de los tratadistas . 183
191. El Art. 1445 de nuestro Código Civil. Elementos de hecho y elementos de derecho 185
192. Otros requisitos de carácter especial 185
193. La teoría de la inexistencia. Examen de los elementos que en nuestro concepto son esenciales a la existencia de todo contrato. Del consentimiento. Definición; explicación y aplicaciones 186
194. Mientras no haya oferta y aceptación no hay fianza 188
195. Del objeto; definición; obligaciones susceptibles de ser afianzadas en cuanto al objeto; obligaciones de dar; de hacer; de no hacer. Es requisito esencial especial en la fianza que el fiador se obligue al pago de una suma de dinero. Sanción 188
196. En cuanto al objeto, si la obligación principal es indeterminada; cómo debe hacerse la determinación; jurisprudencia 190
- 196 bis. No hay fianza si se trata de asegurar el pago en moneda extranjera 193
197. De la causa. Controversias. Las nuevas tendencias de la doctrina; EL FIN en vez de la CAUSA 195
198. Cuál es la causa en la fianza, según su modernísima concepción? La causa sería un elemento abstracto y ajeno al contrato mismo de fianza 197
199. Y cuál en la antigua teoría 198
200. La causa considerando la fianza un contrato gratuito. Acuerdo aparente entre ambas teorías. El fracaso de la causa en materia de fianza 199

Capítulo Sexto
DE LAS CONDICIONES O REQUISITOS
DE VALIDEZ DE LA FIANZA 201

201. La fianza puede existir, pero estar afecta de un vicio de nulidad. Necesidad de la concurrencia de los requisitos de validez. Enumeración 201

202.	Sobre la capacidad; diversas clases de capacidad; de goce y de ejercicio. Cuándo hay incapacidad de goce; cuándo de ejercicio; casos concretos; causas naturales de incapacidad; causa legales . .	202
203.	Sanción a la falta de capacidad; cuál es la capacidad que se exige en la fianza; Controversia; Opiniones de Pothier, Guillouard, etc. .	205
204.	La indicación de los incapaces para servir de fiadores de nuestro Art. 2342 del Código Civil	207
205.	Un principio de importancia sobre la aptitud para servir de fiador .	209
206.	De la incapacidad de los Obispos	209
207.	De la incapacidad de los religiosos	210
208.	De la incapacidad de los ordenados <i>in caris</i> ; quiénes son éstos . .	211
209.	Casos en que el ordenado <i>in sacris</i> puede ser capaz para afianzar. A) a favor de sus iglesias; B) a favor de otros clérigos; C) a favor de personas desvalidas	213
210.	En qué bienes se haría efectiva la fianza de un ordenado <i>in sacris</i> .	215
211.	El inc. 5º del Art. 2342; disposición del Proyecto de Código Civil de 1853; el actual Art. 404 de nuestro Código	216
212.	Capacidad para afianzar del hijo de familia. Requisitos para que la fianza sea válida; efectos en cuanto sólo obligaría subsidiariamente al hijo; si puede prestar fianza dentro de su peculio profesional o industrial	216
213.	No necesitaría de autorización judicial	219
214.	Capacidad de la mujer casada; en el estado normal; requisitos necesarios al otorgamiento de la fianza	219
215.	En la administración extraordinaria de la sociedad conyugal	221
216.	Capacidad de la mujer separada de bienes para obligarse como fiadora	221
217.	Capacidad de los sometidos a guarda. Requisitos indispensables según el Art. 404 del Código Civil	223
218.	Reproches que dicha disposición legal merece	223
219.	Comparación entre las donaciones y las fianzas del pupilo	224
220.	Capacidad de las personas jurídicas para servir de fiadores	225
221.	Capacidad de los bancos para afianzar	225
222.	Prohibición convencional de que una persona dada sirva de fiador	228
223.	De los demás requisitos necesarios a la validez de la fianza	229
224.	Si puede el fiador que ha pagado una deuda cuyo objeto o causa era ilícito	229

Capítulo Séptimo

DE LAS OBLIGACIONES QUE PUEDEN AFIANZARSE
Y DE LAS PERSONAS QUE PUEDE SER AFIANZADAS . . . 231

225. Algunas indicaciones sobre los capítulos anteriores 231
226. Por regla general toda obligación es susceptible de ser afianzada, si existe y es válida. Obligaciones puras y simples; obligaciones a plazo y condicionales 231
227. Fianza de obligaciones futuras. De la retractación del fiador. Esta facultad es arduamente combatida; razones que se invocan para discutirla. Opiniones de Laurent, Baudry-Lacantinerie; de Pothier y de P. Pont, etc. 233
228. Similitud de la obligación futura con al condicional. Qué debe entenderse por obligación futura; cómo descartar las dificultades provenientes de la controversia 235
229. La fianza, en consecuencia, puede existir antes que la obligación principal 236
230. Qué debe hacer el fiador para quedar exonerado de sus obligaciones. Notificación a los acreedores y a terceros de buena fe. Facultades de apreciación del juez al respecto 236
231. Las legislaciones extranjeras sobre esta materia. La fianza prestada para caucionar una obligación futura no puede hacerse extensiva a una obligación anterior 237
232. A quienes puede afianzarse. No puede afianzarse a los absolutamente incapaces. Si, a los relativamente incapaces 238
233. De la fianza a favor de la herencia yacente 238

Capítulo Octavo

DE LOS DEUDORES OBLIGADOS A PRESTAR FIANZA
A PETICIÓN DEL ACREEDOR, Y CUALIDADES
QUE DEBE REUNIR EL FIADOR OFRECIDO 241

234. División en dos categorías de la obligación de prestar fianza a petición del acreedor. Derecho del acreedor: derecho principal, secundario y auxiliar. Si la prestación de un fiador constituye un derecho auxiliar; adopción de la afirmativa 241
235. La petición debe ser hecha por el acreedor; el juez de oficio no podría en los casos del Art. 2348 obligar al deudor; el deudor *motu proprio* puede prestar fianza 242

236.	Del N° 1 del Art. 2348 del Código Civil; Qué puede hacer el acreedor si el deudor a pesar de haberlo estipulado se niega a constituir fiador; contratos bilaterales; contratos unilaterales; la obligación de constituir un fiador de qué clase es; aplicación y ventajas de ella respecto del Art. 1553 del Código Civil, para el acreedor	242
237.	A pesar de la redacción restrictiva del N° 1° del Art. 2348, ella comprende los casos de fianza legal y judicial	244
238.	En estas dos últimas hipótesis el deudor queda liberado dando hipoteca o prendas suficientes	245
239.	Cómo estaba concebido el Art. 2348 en los Proyectos	245
240.	Del N° 2 del Art. 2348. Concordancias con otras disposiciones del Código Civil	245
241.	Qué es lo que se entiende por insolvencia. Cuando es el momento de pedir la prestación de fianza	246
242.	El peligro manifiesto es apreciado soberanamente por el Juez por tratarse de una cuestión de hecho	247
243.	Del N° 3 del Art. 2348. Las tres condiciones indispensables para que proceda. El motivo del termo no es necesario que sea fundado como en el caso del Art. 2369 N° 5. La ausencia debe ser del territorio del Estado. La salida del país debe ser con el ánimo de establecerse en otra parte. La concurrencia de las circunstancias anteriores es cuestión de hecho	247
244.	Cómo puede evitarse en estos casos la rendición de fianza. Que clase de bienes exige la ley	248
245.	Extensión de la aplicación del Art. 2350 del Código Civil. Casos en que dicha disposición bien puede no aplicarse	248
246.	Casos en que el acreedor por mera complacencia o descuido acepta al fiador sin verificar si reúne los requisitos necesarios. Si puede retractarse de su aceptación; controversia	249
247.	Cuándo debe hacerse el examen de los requisitos del fiador	249
248.	Porqué el legislador ha indicado con tanta minuciosidad esas condiciones o requisitos	250
249.	Forma en que nuestro legislador ha abordado la materia. Disposiciones de los Proyectos de Código Civil; cómo ha ido mejorando la expresión de la ley. No obstante, nuestro Art, 2350 no es el <i>desideratum</i> en la materia	250
250.	Del Primer requisito: la capacidad	252

251. Del segundo requisito: la solvencia	252
252. Del tercer requisito: el domicilio	252
253. Del domicilio del fiador en las legislaciones extranjeras	252
254. Examen de cada uno de los requisitos anteriores; cómo se aprecia la solvencia. Por los bienes raíces; desprecio de nuestro legislador por la fortuna mobiliaria; fundamentos; críticas	253
255. Cuál es la orientación de los códigos modernos en esta materia .	254
256. Atenuación de la exigencia del Código Civil por la Ley de la Caja de Crédito Hipotecario. De la depreciación de la fortuna	254
257. No todos los bienes raíces del fiador se toman en cuenta	255
258. Cuáles se excluyen; los situados fuera del territorio nacional. Sistemas extranjeros; amplitud del nuestro; dificultades de orden material . .	255
259. Exclusión de los bienes raíces embargados. Qué es embargo; desde cuándo se considerará un inmueble embargo para los efectos del Art. 2350 del Código Civil	256
260. Exclusión de los inmuebles litigiosos. Qué se entiende por inmuebles litigioso	257
261. La legislación y doctrina italianas sobre el particular	258
262. La cuestión estudiada concretamente en nuestra legislación	259
263. Exclusión de los inmuebles gravados con hipotecas onerosa	259
264. Exclusión de inmuebles afectados de condiciones resolutorias . . .	260
265. De las prohibiciones voluntarias sobre algunos inmuebles	260
266. ¿Deben excluirse los inmuebles afectados por otros derechos reales que le hipoteca?	261
267. Los bienes raíces presentados debe ser del dominio real o presunto del fiador	261
268. Si el fiador estuviera recargado de deudas; error en la escritura del inc. 5º del Art. 2350	261
269. Excepciones al principio de que la suficiencia solo se considera tomando en cuenta los inmuebles; deudas comerciales; deudas módicas	262
270. Cuando la materia es comercial; Cómo se justifica la excepción .	270
271. Cuándo la deuda debe considerarse módica	263
272. La excepción es únicamente respecto de los inmuebles en los dos casos anteriores	263
273. Nociones breves sobre el domicilio	263

274. ¿Cuál es el domicilio que se exigiría al fiador?	264
275. Los tratadistas al pretender resolver esta cuestión han dejado de mano un principio capital. Soluciones diversas dependientes de las circunstancias	265
276. La vaguedad de la expresión de nuestro legislador deja entrever que es cuestión variables	266
277. Sobre quién recae el <i>onus probandi</i> en materia de requisitos del fiador propuesto	267
278. Del Art. 2349 del Código Civil. Los proyectos de Código Civil. Innovaciones del actual Código; éste no consagra la distinción de los Códigos extranjeros en lo relativo al fiador determinado	267
279. En qué sentido debe tomarse la palabra “insolvencia”. Controversias graves. La simple disminución del patrimonio del fiador no autoriza para pedir una nuevo; el fiador al obligarse como tal no renuncia a su aptitud para seguir operando	268
280. Si la insolvencia es parcial, el deudor, puede prestar una caución suplementaria	270
281. La muerte del fiador no equivale a su insolvencia	270
282. Quid en caso de confusion entre deudor y fiador	270
283. Prestación de la caución complementaria; como se califica al nuevo fiador	271
284. De la renovación del fiador según el Art. 54 del Código de Comercio	271

III PARTE

DE LAS RELACIONES ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR	273
--	------------

Capítulo Noveno

RELACIONES ANTES Y DESPUÉS DE HACERSE EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL	275
---	------------

285. Indicación de la forma en que se examinarán los Arts. 2353 a 2368 del Código Civil	275
286. Conveniencia de dividir el estudio de dicha materia según el estado de exigibilidad de la obligación principal	275

287.	Conexión de la fianza con la idea del crédito; la fianza se presenta en las obligaciones a plazo y en las condicionales; noción de esos conceptos; diferencias entre ambos. El Art. 1495 del Código Civil; casos en que se puede solucionar una deuda antes del vencimiento del plazo; casos en que ello no es posible. El fiador en su calidad de deudor subsidiario puede siempre que la ley se lo permita al deudor principal pagar anticipadamente	275
288.	Consecuencias para el fiador por haber pagado anticipadamente. El Art. 2373 del Código Civil. El Art. 2377 del Código Civil	277
288 bis.	El pago anticipado realizado por el fiador supone la renuncia a los beneficios que la ley le concede en el párrafo segundo del Título XXXVI del Libro IV del Código Civil	278
290.	El papel pasivo del fiador puede trocarse en activo una vez que la obligación principal se haya hecho exigible. El Art. 2356 del Código Civil; facultades que esta disposición legal concede al fiador; similitud con el beneficio de excusión. Derecho Comparado. Jurisprudencia	280
291.	Legislación Comparada. Objeto del Art. 2356	281
291 bis.	Determinación por el Juez de la concurrencia de algunos requisitos de la disposición legal en comentario: si el acreedor ha retardado los requerimientos al deudor y cuándo se ha producido el estado de insolvencia	281
292.	Cuándo puede el acreedor iniciar sus hostilidades en contra del fiador	282
293.	Si es necesario que coloque en mora al deudor	283
294.	Confirmación de que la obligación del fiador no es condicional . .	283
295.	Las renunciaciones que el deudor principal haya hecho respecto del plazo no empecen al fiador	284
296.	Forma en que puede ser reconvenido el fiador: por una vía amistosa o extrajudicial y por la vía judicial. Procedimiento ejecutivo y procedimiento ordinario	284
296 bis.	Condiciones para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente en contra del fiador	285
297.	No procede ejecución en contra del fiador cuando éste no ha tenido intervención como parte en el instrumento que se invoca para ejecutarlo. Jurisprudencia	285
298.	Idem	286

299.	Excepción que puede oponer el fiador si se le ejecuta en las condiciones anormales de que se ha hecho mención	287
300.	El acreedor debe seguir juicio ordinario si carece de título ejecutivo hábil en contra del fiador	287
301.	La obligación del fiador debe ser exigible; circunstancias que denotan la exigibilidad de la obligación del fiador	287
302.	Para que proceda el mandamiento de ejecución en contra del fiador, la obligación debe ser líquida	287

Capítulo Décimo

DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN 289

303.	Generalidades	289
304.	El principio riguroso de que el acreedor puede dirigirse en contra del fiador se tempere con el beneficio de excusión. Fundamentos de dicho beneficio	289
305.	Opinión de los tratadistas sobre el beneficio de excusión. Laurent estima que no debe concederse al fiador remunerado	290
306.	Consagración de dicho beneficio por nuestro Código Civil	291
307.	Nociones históricas. Derecho Romano; Antiguo Derecho francés; Pothier y el beneficio de excusión	291
308.	La mayoría de los Códigos modernos lo consagran	293
309.	Requisitos previos	293
310.	Del Art. 2537 del Código Civil. Innovación que consagra dicho precepto	294
311.	El ejercicio de él es puramente optativo	294
312.	Condiciones necesarias para poderlo ejercitar. Que no se haya renunciado expresamente	294
313.	El beneficio subsiste si el fiador ha hecho una renuncia indeterminada o vaga	295
314.	La renuncia al beneficio de excusión por el fiador no afecta al sub-fiador	295
315.	El beneficio de excusión puede renunciarse tácitamente	296
316.	Hay renuncia cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor	296

317.	Carece del beneficio de excusión el fiador que cauciona una obligación principal en la cual el acreedor no tenga acción para exigir su cumplimiento. Art. 2358 N° 3°	296
318.	También carece del beneficio de excusión el fiador en las fianzas judiciales	297
318 bis.	Idem respecto del sub-fiador	297
319.	Defectos de redacción del Art. 2358 del Código Civil	297
320.	Pueden presentarse otros casos que los anteriormente señalados en los cuales el fiador se encuentra privado del beneficio de excusión	298
321.	Idem: si el deudor principal se encuentra notoriamente insolvente. Derecho Comparado. Jurisprudencia	298
322.	Idem: si el fiador ha sucedido al deudor principal	299
323.	Idem: tal situación no se produce con respecto al sub-fiador	299
324.	Casos en que el acreedor está obligado a practicar la excusión: convención especial al efecto	299
325.	Idem: en la fianza <i>indemnitas</i> ; del Art. 2365 inc. 2° del Código Civil	300
326.	Idem	300
327.	Para que la disposición legal recién citada tenga aplicación debe tratarse realmente de una fianza <i>indemnitas</i> . Jurisprudencia	300
328.	La Corte Suprema, como Tribunal de casación no puede pronunciarse sobre esta materia	301
329.	Requisitos necesarios a la liberación del fiador <i>indemnitas</i> ; que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar; quid si la obligación principal es natural; que el deudor tenga bienes	301
330.	En la fianza <i>indemnitas</i> no es necesario que el fiador costee los gastos de la excusión	302
331.	Los medios del acreedor den ser suficientes para hacerse pagar; la suficiencia de los bienes es una cuestión de hecho	302
332.	La segunda condición consiste en que el acreedor haya sido negligente en servirse de los medios de que disponía. Quid sobre qué clase de negligencia se trata	302
333.	Procedimiento. Jurisprudencia	303
334.	Sobre quién recae el <i>onus probandi</i> en esta materia. Controversia	304

Capítulo Undécimo
RESPECTO DE QUIÉNES Y DE QUÉ BIENES PUEDE
OPONERSE EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN
Y DE SUS REQUISITOS 307

335. Del Art. 2357 del Código Civil. Co-deudores solidarios no afianzados 307
336. Fuentes del Art. 2357. Controversia doctrinal 307
337. Antinomia en que ha incurrido nuestro legislador. Art. 2372 del Código Civil 308
338. El verdadero principio según los tratadistas modernos 308
339. El beneficio de excusión sólo puede oponerse con respecto al deudor principal y a los co-deudores solidarios. No podrá oponerlo respecto de prendas o hipotecas prestadas por otros que el deudor ni puede hacer excutir a sus co-fiadores 309
340. Atendiendo al objeto primordial del beneficio de excusión, el acreedor puede ser obligado a que persiga los bienes especialmente afectos a su crédito y que pertenecen al deudor. Distinción del Código Civil francés 309
341. Condiciones a que se somete el ejercicio de la excepción de orden. N° 5° del Art. 2358 del Código Civil. El beneficio de excusión es una excepción dilatoria. El Art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Art. 499 del mismo Código. En el juicio ejecutivo la excepción de orden toma cierto tinte de perentoria 310
342. El fiador decide a su arbitrio si opone la excepción. El juez no puede ordenarla de oficio 310
343. Precauciones que ha tomado el legislador para evitar en lo posible que el beneficio de excusión se convierta en un arma del tinterillaje: debe oponerse *in limini litis* 311
344. El Código de Procedimiento Civil permite medir dentro de qué plazo puede oponerse la excepción 311
345. Idem: Arts. 295 y 487 del Código citado. Los proyectos del Código Civil a este respecto 312
346. Controversia doctrinal sobre si pueden oponerse excepciones perentorias antes del beneficio de excusión cuando aquellas están destinadas a invalidar la fianza 312
347. Efecto de no haber opuesto el beneficio de excusión oportunamente. Si no se opuso porque el deudor no tenía bienes y después los adquiere. Arts. 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil 313

348.	Si el deudor adquiere bienes después de trabada la litis entre el fiador y el acreedor	314
349.	Si el fiadore ha estado imposibilitado para oponer la excepción de orden	314
350.	Ella se considera renunciada por la oposición de excepciones perentorias	315
351.	D la segunda condición necesaria al ejercicio del beneficio de excusión: N° 6° del Art. 2358 del Código Civil: señalación de los bienes del deudor principal. Justificación de esa exigencia	315
352.	Nociones generales sobre los bienes del deudor que pueden señalarse; eliminación de los que no pueden señalarse: bienes inalienables; bienes inembargables	315
353.	Silencio de nuestro legislador respecto de los bienes sobre los cuales el deudor tenga algún derecho que no sea el de dominio; señalación de los derechos personales o créditos	316
354.	La ley no ha hecho distinción entre bienes muebles y raíces; ni entre corporales e incorporeales	317
355.	No es necesario que los bienes señalados tengan un valor que cubra el total de la deuda. Legislación comparada	317
356.	La indicación de los bienes sólo debe referirse a los presentes. Razones de esta opinión. Bienes futuros	318
357.	El fiador debe indicar los bienes presentes y de una sola vez; no le es permitida la señalación sucesiva de bienes. Dificultad respecto de los bienes del deudor ignorados por el fiador	319
358.	Del Art. 2359 del Código Civil: bienes que no pueden tomarse en cuenta en la excusión; si el fiador señala alguno de ellos el beneficio deberá rechazarse	319
359.	De los bienes existentes fuera del Territorio del Estado; sistema francés	320
360.	Cuatro clases de bienes que no pueden señalarse y que indica el N° 2° del Art. 2359: bienes embargados; bienes litigiosos; créditos de dudoso cobro y créditos de difícil cobro	320
361.	Sobre los bienes litigiosos. Cuando se entiende litigioso un bien para los efectos de la fianza	321
361 bis.	Sobre los bienes retenidos	321
362.	Se consideran litigiosos los bienes poseídos en comunidad	321
363.	Créditos de dudoso y de difícil cobro; ampliación; atribuciones del Juez en ésta materia	322

364. Bienes cuyo dominio esté sujeto a condición resolutoria	323
365. Bienes hipotecados en favor de deudas preferentes; Nº 4º del Art. 2359	323
366. El señalamiento de bienes hipotecados es posible, pero dicha indicación sólo puede ser parcial	324
367. Forma en que debe hacerse la señalación de los bienes	324
368. Del Art. 2361 del Código Civil. Del derecho del acreedor para que el fiador le anticipe los costos de la excusión	325
369. El Juez, de oficio, no puede pronunciarse sobre la admisibilidad de la excepción de orden atendiendo a que el fiador haya o no consignado fondos para la excusión, si el acreedor no lo ha requerido al efecto	325
370. Nuestro Código sigue el sistema de Pothier	325
371. En el Código Civil francés la anticipación de los fondos es un requisito de procedencia del beneficio...	326
372. La anticipación de los fondos debe hacerse cualquiera sea la naturaleza de los bienes que se van a excutir	326
373. Fundamentos de la obligación impuesta al fiador por el Art. 2361	327
374. El fiador puede practicar por sí mismo la excusión del deudor principal	328
375. El Juez se pronunciará soberanamente al respecto y le fijará un plazo razonable para practicarla	329
376. No obstante lo anterior, dicha autorización sólo dispensa al fiador del anticipo de los fondos	329
377. El Juez fija la cuantía de los fondos que deben consignarse	329
378. También determina la persona en cuyo poder debe hacerse la consignación	330
379. Dicha persona puede ser el acreedor mismo	330
380. De cargo de quién son en definitiva los gastos en que se incurre en la excusión. Controversia. El Art. 2526 del Proyecto de Código Civil de 1853	330
381. Sanción si los fondos no se anticipan	331
382. Número de veces que puede oponerse el beneficio de excusión	332
383. Opuesto el beneficio, ¿cuántas veces puede hacerse señalación de los bienes?	332

384.	Excepción al principio anterior	333
385.	El ejercicio del beneficio de excusión procede aún cuando el acreedor haya efectuado <i>motu proprio</i> gestiones en contra del deudor . . .	333

Capítulo Duodécimo

EFFECTOS DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN 335

386.	Dispensa momentáneamente al fiador del pago	335
387.	El acreedor es obligado a demandar al deudor y a realizar sus bienes. Debe realizar todos los que el fiador le hubiera señalado	335
388.	El acreedor debe proceder inmediatamente y con toda diligencia a la excusión del deudor. Como sanciona el Art. 2365 inc. 1º del Código Civil su omisión o negligencia al respecto. Según dicho precepto legal se produce la liberación del fiador; condiciones; prueba; hasta qué punto se libera el fiador	336
389.	Cuál es la razón jurídica por la cual se considera liberado al fiador. Doctrina	337
390.	Idem	337
391.	Si los bienes señalados han sido de un valor menor al monto del crédito. Forma en que se produce la liberación	338
392.	Imputación del producido de la excusión; caucionamiento parcial .	338

Capítulo Décimo Tercero

DE LA EXCEPCIÓN DE DIVISIÓN 341

393.	El principio de la divisibilidad de las deudas. Art. 1511 del Código Civil. Su aplicación cuando los fiadores son varios	341
394.	En el primitivo Derecho Romano se observaba la solidaridad con respecto a los fiadores; innovación del Emperador Adriano; Reminiscencia de la antedicha solidaridad en los Códigos modernos . .	341
395.	Sistema de las Siete Partidas	342
396.	El Código Civil francés, apegado a la Doctrina Romana, instituye una prohibición que los fiadores pueden destruir a su arbitrio . . .	342
397.	El sistema de nuestro Código Civil. Art. 2367. Eliminación de los fiadores que no son tomados en cuenta en la división	342

398. La división puede ser renunciada por las co-fiadores La renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia típica es la estipulación de la solidaridad. Los co-fiadores judiciales pueden invocar la división. División de la deuda respecto de los herederos de cada co-fiador . . . 343
399. Entre qué fiadores se opera la división: Entre los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda; no procede la división entre los fiadores de diversos co-deudores solidarios 344
400. De los co-fiadores insolventes 344
401. La división se opera aun cuando los fiadores no se hayan obligado a un mismo acto. Parte final del Art. 2368 344
402. Cómo se opera el beneficio de división ellos Derechos Francés, Italiano y Portugués 344
403. Idem 345
404. Nuestro Código Civil como el Español se han apartado de los sistemas consagrados por los tres Códigos aludidos. En nuestro Derecho, como el Español, la división se opera de PLENO DERECHO. La división se hace por partes iguales. La cuota que corresponde a cada fiador puede variar por causas sobrevinientes 345
405. La división ipso jure no implica que el fiador no pueda pagar el total de la deuda. El fiador que paga con exceso puede repetir contra los demás co-fiadores 347
406. Si el acreedor cobra a uno de los fiadores más de la cuota que le corresponde puede ser rechazado por la excepción de división en lo que respecta al exceso. La excepción de división es perentoria. La excepción de división difiere substancialmente de la de excusión. En qué consisten esas diferencias 347
407. La división se opera por partes iguales 347
- 407 bis. Para calcular la cuota que corresponde a cada fiador se tomarán en cuenta los accesorios de la deuda en caso de que los haya y sean de cargo de los fiadores 347
408. Del Art. 2367 inc. 3º del Código Civil: que es lo que se le puede cobrar al fiador que haya inequívocamente limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada 347
409. Estudio concreto respecto de las personas entre quienes se divide la deuda. La insolvencia de uno de los co-fiadores grava a los demás 348

409	bis. No se considera insolvente al fiador cuyo sub-fiador no lo está	349
409	ter. La división no puede operarse entre el fiador y su sub-fiador . .	349
410.	La prueba de la insolvencia de uno de los co-fiadores incumbe al acreedor	349
411.	No puede estimarse como insolvente al fiador que anuló su contrato	349
412.	Los fiadores a plazo también deben ser tomados en cuenta para el cálculo de la división	349
413.	Respecto a los fiadores obligados bajo condición	350

Capítulo Décimo Cuarto DE LA EXCEPCIÓN DE SUBROGACIÓN 351

414.	El fiador al obligarse ha tomado en cuenta las acciones y derechos del acreedor en que se subrogará lo cual ha de permitirle hacerse reembolsar por el deudor principal. Art. 1612 del Código Civil . .	351
415.	Nociones históricas. Derecho Romano. Derecho comparado . . .	351
416.	El acreedor está obligado a subrogar al fiador, subrogación que se opera por el ministerio de la ley. La antedicha obligación no desvirtúa el carácter unilateral de la fianza. Motivos de la subrogación	352
417.	Los Arts. 2355 y 2381 N° 2° del Código Civil	353
418.	El fiador tiene derecho a rebajas según el citado Art. 2355. La rebaja puede ser total o parcial	353
419.	De la primera condición del Art. 2355	353
420.	De la segunda condición	354
421.	Cuáles son las acciones en que el acreedor no puede subrogar al fiador y que producen la rebaja	354
422.	Si el acreedor está obligado a conservar las acciones o derechos adquiridos después de la constitución de la fianza. Controversia . . .	355
423.	El acreedor no está obligado a adquirir nuevas garantías	356
424.	Si las acciones en que deba subrogarse el fiador deben o no ser eficaces o útiles	357
425.	Si dichas acciones por su naturaleza son ineficaces	357
426.	Ejemplos	358

427. Aplicación respecto del convenio	358
428. La imposibilidad en la subrogación debe haber sobrevenido por culpa del acreedor. Es indiferente que sea a consecuencia de hechos positivos o de meras abstenciones	359
429. Tercera condición: necesidad de una demanda	359
430. Debe haber perjuicio para el fiador	360
431. El perjuicio debe ser real	361
432. La prueba de los perjuicios es de cargo del fiador	361
433. Formas de la liberación	361
434. El acreedor debe conservar no solo las acciones que tenga en contra del deudor principal sino las que tenga en contra de los co-fiadores	362

Capítulo Décimo Quinto
DE LAS EXCEPCIONES DEL DEUDOR
Y DE LAS ACCIONES DEL ACREEDOR
DE QUE PUEDE VALERSE EL FIADOR 365

435. Consecuencia del carácter accesorio de la fianza	365
436. Ubicación en nuestro Código de esta materia	365
437. Del Art. 2344 de nuestro Código Civil	366
438. Concordancias	366
439. Qué es excepción. De las excepciones reales y de las personales . .	366
440. Enumeración que de cada una de ellas hace el Art. 2344	368
441. Efectos de las excepciones personales	368
442. Idem; del convenio	368
443. Excepciones perentorias y excepciones dilatorias	369
444. El derecho del fiador a oponer excepciones del deudor le corresponde <i>jure proprio</i>	369
445. La oposición de las excepciones del deudor, no obsta a que el fiador pueda oponer las suyas propias	369
446. Así como el fiador puede oponer excepciones del deudor, puede entablar acciones del acreedor. Art. 1472 del Código de Comercio; Art. 673 del Código de Procedimiento Civil	369

IV PARTE

EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE DEUDOR Y FIADOR . . 371

Capítulo Décimo Sexto

RELACIONES ENTRE AMBOS ANTES DEL PAGO 373

- 447. Ideas generales sobre la materia. El Art. 2369 del Código Civil . . 373
- 448. Disposiciones análogas de los Códigos extranjeros 373
- 449. El Art. 2369 del C. Civil es aplicable a toda clase de fiadores. Excepción con respecto al que afianzó contra la voluntad del principal deudor 374
- 450. Motivos por los cuales el fiador se obligó en esas circunstancias está privado de las prerrogativas del Art. 2369 374
- 451. Art. 2369 N° 1 del Código Civil: el deudor dispuso o aventuró temerariamente sus bienes 375
- 452. Art. 2369 N° 2 del Código Civil: el deudor se ha obligado a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo y se ha vencido dicho término 377
- 453. Art. 2369 N° 3: se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o parte 378
- 454. Art. 2369 N° 4: si hubieran transcurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza 379
- 455. Condiciones necesarias al ejercicio de este derecho 380
- 456. Art. 2369 N° 5: si hay temor fundado de que el deudor principal se fugue: Requisitos de procedencia. Derecho comparado. Concor-
dancia 380
- 457. Fuera de las cinco circunstancias enumeradas por el Art. 2369, el fiador no puede invocar otras 382
- 458. Medidas que puede intentar el fiador 382
- 459. Puede exigir el relevo de la fianza 382
- 460. Cuestión practica en materia de fianzas aduaneras 383
- 461. Puede exigir que se le caucione las resultas de la fianza. Extensión de la fianza o caución destinada a garantizar al fiador 384
- 462. Puede exigir el fiador que se obligue al deudor a que consigne medios de pago 385

463. Quién tiene la elección de las medidas mencionadas en los N ^{os} 459, 460 y 462	385
464. Sanción si el deudor no cumple con ninguna de las exigencias del fiador. Controversia doctrinal Del Art. 2373 del Código Civil. Si el fiador paga antes de hacerse exigible la obligación principal	386
465. Idem	387
466. Idem	387
467. El fiador debe dar aviso al deudor de que va a proceder a solucionar la deuda. Cómo sanciona nuestro legislador esa omisión. Art. 2377 del Código Civil	387
468. Las excepciones que en este caso puede oponerle el deudor al fiador están restringidas a las que disponía en el momento de efectuarse el pago	388
469. Si el deudor por ignorancia del pago realizado por el fiador pagare la deuda de nuevo. El fiador en esta circunstancia corre con los riesgos de la insolvencia del acreedor	388
470. Derecho Comparado	389
471. El deudor también está obligado a avisar al fiador del pago efectuado por él. Cómo sanciona el Art. 2376 del Código Civil dicha omisión	389
472. La prueba de haber dado él aviso, corresponda a quien lo alega. Si es admisible la prueba testimonial respecto del aviso en las fianzas mayores de doscientos pesos, Controversia	390
473. Si hay obligación de avisar cuando el deudor ignora la existencia de la fianza	391

Capítulo Décimo Séptimo

DE LAS RELACIONES ENTRE EL DEUDOR

Y EL FIADOR DESPUÉS DEL PAGO 393

474. El fiador que ha pagado la deuda tiene derecho a ser reembolsado por el deudor principal	393
475. En caso contrario se consagraría un enriquecimiento injusto del deudor Para hacerse reintegrar, el fiador dispone dos acciones: una acción propia, emanada del contrato de fianza y la acción subrogatoria, esto es, las del acreedor	393

I. De la acción personal	394
476. Nomenclatura	394
477. El fiador goza por derecho propio de una acción para hacerse reembolsar	394
478. Cuáles eran los motivos porque se acordaba acción en el Derecho Romano	395
479. La tendencia de la legislación moderna en esta materia	395
480. No goza de la acción mencionada el fiador que se obligó contra la voluntad del fiador	396
A. Cuantía de la acción	396
481. Del Art. 2370 de nuestro Código Civil. El fiador tiene derecho a que se le reembolse el capital pagado al acreedor. En el capital van comprendidos los intereses devengados por el crédito que el fiador pagó al acreedor	396
482. El deudor debe abonar al fiador los intereses del capital pagado por el fiador y calculado en la forma expresada en el número precedente. Desde cuándo se deben los intereses; tasa de dichos intereses . . .	397
483. El deudor debe reintegrar los gastos en que haya incurrido el fiador. Cuáles son esos gastos; requisitos necesarios para que el deudor esté obligado a reembolsarlos	398
484. El fiador tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios sufridos con la fianza	400
485. Idem	401
486. El fiador debe probar la existencia de los perjuicios y qué ellos son imputables a la fianza rendida	401
487. Los derechos recién mencionados corresponden también a los fiadores remunerados	40 ^e
B. Condiciones de ejercicio de la acción	404
491. Es indispensable que el fiador haya pagado. Cualquier acto jurídico análogo al pago da nacimiento a la acción. El fiador tiene derecho a que se le reembolse la suma que pagó o lo que se obligó a pagar para extinguir la obligación principal	

491 bis.	El fiador debe probar haber pagado. Jurisprudencia	405
492.	Si el fiador paga estando extinguida la deuda	405
493.	Carece de acción el fiador que no ha realizado un pago útil	405
494.	El fiador dispone de acción aun cuando hubiera podido oponer excepciones que le incumbían	406

C. Fiadores que no gozan de la acción 406

495.	Del Art. 2375 del Código Civil. Carece de acción el fiador de una obligación natural	406
496.	Aun cuando la obligación haya sido natural, el fiador podrá ejercitar acción si la obligación principal se ha validado por ratificación o por el transcurso de cierto lapso	407
497.	No goza tampoco de acción el fiador que se obligó en contra de la voluntad del fiador	408
498.	Excepciones a ese principio	408
499.	Diferentes teorías sobre el derecho que en estos casos tiene el fiador para ser reembolsado	408
500.	Carece de acción el fiador cuando no haber sido válido al pagar no ha quedado extinguida la deuda	409
501.	Carece de acción el fiador que se obligó con él ánimo de hacer una liberalidad	409

D. Época en que el fiador puede entablar la acción 410

502.	La acción debe entablarla él fiador después de haber pagado . . .	410
------	---	-----

E. Respecto de quiénes puede entablar su acción el fiador 410

503.	Respecto del deudor; de sus herederos	410
504.	Si los deudores son varios y hay solidaridad entre ellos	410
505.	Del Art. 2372 del Código Civil. Controversia	411

506.	Si la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero el fiador goza de acción respecto del mandante y respecto del deudor	412
507.	Quid en la comisión en un delito en que haya habido cómplices, etc. y el autor sea afianzado, si el fiador puede perseguir a los culpables no afianzados	413
II. De la acción subrogatoria		413
508.	Fundamentos de esta acción	413
509.	Orígenes de la acción	414
A. Condiciones de la subrogación y fiadores que gozan de ella		414
510.	La primera condición es que el fiador haya pagado	414
511.	La subrogación se opera transfiriendo al fiador las acciones contra el deudor	415
512.	Gozan de la subrogación sea que fueran fiadores gratuitos o remunerados; convencionales, legales o judiciales; civiles o comerciales, etc., El fiador que se obligó contra la voluntad del deudor goza de la acción subrogatoria	415
B. Derechos en que se subroga el fiador		416
513.	Del Art. 1612 del Código Civil	416
514.	Los derechos, acciones, privilegios, etc., en que se subroga el fiador son tantos los que existían al constituirse la fianza como los nacidos después	416
515.	En dicha transferencia va comprendida la acción resolutoria	417
516.	Si el fiador ha hecho un pago parcial	417
517.	El fiador no puede trabar su acción subrogatoria y hasta que haya vencido el plazo	417
518.	El fiador que hace uso de esta acción no puede cobrar los intereses, gastos y perjuicios que podría cobrar haciendo uso de la acción personal	417

C. Personas en contra de las cuales puede dirigirse el fiador . .	418
519. Puede, desde luego, dirigirse en contra del deudor principal. Puede dirigirse contra cualesquiera terceros obligados al pago de la deuda	418
520. Puede dirigirse en contra de los herederos de éstos. Jurisprudencia	419

D. Diferencias entre la acción personal y la subrogatoria	419
521. Paralelo entre ambas acciones	419

V PARTE

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO	423
522. De la división de la deuda si los fiadores son varios. Todo pago excesivo de uno de ellos le confiere acción en contra de los demás	423
523. Un poco de historia. La subrogación a favor del fiador respecto de los co-fiadores	423
524. Condiciones de ejercicio de la acción	425
524 bis. No basta que el fiador haya pagado con exceso; es menester que el pago haya sido útil	425
525. La acción debe dirigirse en contra de los co-fiadores solventes. Del sub-fiador	425
526. Si es el sub-fiador el que ha pagado goza de las mismas acciones del fiador	426
527. Una dificultad	426
528. No procede la acción contra el fiador a quien el acreedor ha relevado de la fianza	427
529. Monto de la acción en contra de los co-fiadores	427
530. La subrogación va rodeada de los privilegios y demás garantías del crédito	428

VI PARTE DE LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA 429

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO 431

531. La fianza se extingue por vía directa y por vía de consecuencia . . 431

I) Extinción de la fianza por la vía de consecuencia 431

532. La extinción puede ser total o parcial. Porqué se extingue por vía de consecuencia. Carácter accesorio de la fianza 431

A) Pago 432

533. La fianza se extingue por haberse solucionado la obligación principal. El pago, o prestación de lo que se debía, ha de ser válido y efectuado por deudor 432

534. La liberación se produce respecto de todos los fiadores 433

B) Dación en pago 433

535. Del Art. 2382 del Código Civil. La dación debe ser voluntaria. La dación debe ser en pago, no en garantía. Similitud con la novación 433

C) La novación 434

536. La novación liberta a los fiadores. Art. 1645 del Código Civil . . . 434

537. La ampliación del plazo también produce la extinción de la fianza. Condiciones 435

D) De la remisión 435

538. La remisión de la obligación principal produce la extinción de la fianza 435

E) De la compensación	436
539. La compensación entre deudor y acreedor extingue la fianza . . .	436
F) De la nulidad	436
540. Efectos de la nulidad; concepto de ella. El fiador puede impetrar la declaratoria de nulidad	436
541. Sobre la nulidad relativa	437
G) De la prescripción	438
542. La prescripción que extinguió la obligación principal lleva como consecuencia la extinción de la fianza	438
543. El fiador puede alegar la prescripción renunciada por el deudor . .	439
544. Interrupción de la prescripción	439
H) De la pérdida de la cosa que se debe	439
545. La pérdida de la cosa debida por el deudor libera al fiador. Condiciones de la liberación	439
I) Transacción	440
546. La transacción extingue la fianza en la medida que se haya extinguido la obligación principal	440
J) Condición resolutoria	440
547. La resolución de la obligación principal extingue la fianza	440
K) La confusión	441
548. Entre quienes puede operarse la confusión. Cuál de las confusiones produce la extinción de la fianza. Situación del sub-fiador	441

II) Extinción de la fianza por vía directa	441
549. Esta clase de extinción se produce por los mismos medios ya enumerados, pero aplicados inmediata y directamente a la fianza. Se produce, además, cuando el acreedor ha perdido por hecho o culpa suya las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse. En los casos anteriores subsiste la obligación principal	441
550. La fianza se extingue por el relevo concedido por el acreedor . . .	442
551. A quiénes aprovecha la relevación	442
552. En qué casos la relevación aprovecha al deudor principal	442
553. Del Art. 2381 N° 2° del Código Civil	443
Bibliografía	445
Índice por orden numérico de disposiciones legales que se comentan, invocan o citan	449

www.librotecnia.cl