

INFORME EN DERECHO
ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA
DEL DUEÑO DE LA OBRA

Carlos Peña González

Decano

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

Carlos Pizarro Wilson

Profesor de Derecho Civil

Universidad Diego Portales y de Chile

Se nos ha solicitado un informe en Derecho relativo al sentido y alcance de la responsabilidad subsidiaria prevista por el artículo 64 del *Código del Trabajo* en actual vigencia.

En el caso en análisis, una empresa –C. Ltda.– celebró un acuerdo ante la Inspección del Trabajo donde se dejó constancia de obligaciones laborales pendientes con sus trabajadores. Los trabajadores, esgrimando el acuerdo, demandan en juicio ejecutivo a Empresas M. S.A. y a C. Ltda. Luego de haberse dictado sentencia definitiva en primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Empresas M. S.A. interpuso un recurso de casación en el fondo. En el recurso, ha invocado dos errores de Derecho. Cada uno de ellos es objeto del informe. El primero tiene relación con la existencia y oponibilidad del título ejecutivo, a la luz del citado artículo 64, y el segundo se refiere a la posibilidad de hacer efectivo el beneficio de excusión por parte de la deudora subsidiaria.

Se trata, en otras palabras, de saber:

- a) si, conforme al Derecho vigente, el acuerdo entre el principal obligado a una deuda laboral y el acreedor, puede ser esgrimido como título ejecutivo contra el deudor subsidiario sin que éste haya comparecido, en modo alguno, a ese acuerdo;
- b) si acaso la responsabilidad subsidiaria –como la que establece el artículo 64 del *Código del Trabajo*– admite el ejercicio del beneficio de excusión.

Para evacuar el estudio hemos tenido a la vista la sentencia de segunda instancia y el recurso de casación en el fondo presentado por Empresas M. S.A.

El informe discurre como sigue. En la primera parte (I) se analiza si acaso el acuerdo suscrito ante la Inspección del Trabajo es un título suficiente para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de M. S.A. El informe concluye que es insuficiente. La responsabilidad subsidiaria exige un juicio declarativo en contra del deudor directo y el subsidiario. Esa condición no se cumple en la especie donde se esgrime un acuerdo –cuya naturaleza jurídica es equivalente a un contrato– que resulta ino-

ponible a quien no compareció con su voluntad a suscribirlo. Una solución distinta abriría paso a la simulación. En la segunda parte (II) se examina si acaso la responsabilidad subsidiaria conlleva, necesariamente, la excusión. El informe allega antecedentes –de doctrina y otros relativos a la historia fidedigna de la ley– para concluir que la excusión está indisolublemente atada a la responsabilidad subsidiaria. El beneficio de excusión no es más que un mecanismo procedimental que tiene por finalidad hacer efectiva la subsidiariedad como característica objetiva de la responsabilidad. En otras palabras, una responsabilidad subsidiaria carente del beneficio de excusión, deja de ser subsidiaria y se transforma en solidaria (artículo 2.358, N° 2). En el Derecho de Obligaciones y para el caso que exista pluralidad de sujetos, la obligación o es simplemente conjunta, o es solidaria o es subsidiaria. En el primer caso, hay dispersión de la obligación; en el segundo, se produce unidad de la prestación; en el tercer caso, un derecho de prenda general soporta la insuficiencia del otro. Esta insuficiencia es la condición objetiva de la subsidiariedad que la excusión viene a verificar. La construcción pretoriana de una tercera alternativa –consistente en que, sin solidaridad, el acreedor pueda escoger discrecionalmente a quien demanda– viola el derecho vigente.

gaciones laborales y previsionales adeudadas por la empresa contratista. Como se insistirá en la segunda parte de este informe, el calificativo de subsidiaria que la ley asigna a la responsabilidad del dueño de la obra posee un específico sentido técnico: el dueño de la obra es responsable en *defecto* del directamente obligado. La responsabilidad prevista en el artículo 64 citado no es, entonces, la responsabilidad por el hecho ajeno que, en cambio, establece el artículo 2.320 del *Código Civil*, ni, menos, la responsabilidad solidaria que es regla excepcional en el derecho vigente. A diferencia de la responsabilidad subsidiaria, el artículo 2.320 consagra una responsabilidad con culpa *presumida, pero directa*, del empresario. La víctima puede, entonces, demandar a su arbitrio al dependiente cuyos actos causaron directamente el daño o al empresario de quien él depende y cuya responsabilidad el citado artículo presume. En otros términos, la víctima en la hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno puede demandar, ya sea de manera exclusiva al tercero civilmente responsable o al agente directo del daño o, última hipótesis, a ambos. La responsabilidad solidaria, por su parte, es una responsabilidad directa y principal. Ninguna de esas situaciones se corresponde con la prevista en el artículo 64: en este caso se trata de una responsabilidad en subsidio o en defecto del derecho de prenda general del principalmente obligado¹. En particular, la regla que se

I

El artículo 64 consagra una responsabilidad *subsidiaria* respecto de las obli-

¹ Sobre esta cuestión, aunque aludiendo a los aspectos procesales, véase ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Addenda, al comentario del autor aparecido en el número anterior de la *Revista*

viene comentando dispone que en el evento que la empresa contratista no cumpla sus obligaciones laborales y previsionales, los acreedores podrán exigir el pago, de manera subsidiaria, al dueño de la obra.

La aplicación regular del artículo 64 exige un procedimiento ordinario laboral. En este procedimiento, los trabajadores deben acreditar las obligaciones laborales y previsionales impagas por la empresa contratista y de las que responde, en subsidio, el dueño de las obras. Conforme al principio de la relatividad de las sentencias judiciales, los acreedores de la obligación laboral deberán demandar a todos los responsables –principales o subsidiarios– de manera conjunta o sucesiva². De esa forma, la sentencia que declare la obligación surtirá efectos respecto del conjunto de quienes, bajo la regla del artículo 64, se entienden responsables. Por supuesto, esta forma de demandar se aconseja, además, por obvias razones de concentración y economía procesal. La sustitución del primitivo artículo tercero del artículo 64 del *Código del Trabajo*, estableció ahora de manera explícita de que

el trabajador demande en un mismo escrito, aunque subsidiariamente, al contratista y al dueño de la obra.

Así lo ha declarado la jurisprudencia. Discurriendo, en efecto, sobre el alcance del artículo 64 que se viene analizando –y en particular, sobre si acaso era necesario demandar separadamente– la Corte ha expresado:

“Que la (primitiva) norma –para los efectos de hacer efectiva la referida responsabilidad– facultaba para notificar a todos aquellos que pudieren responder subsidiariamente de sus derechos, produciéndose un efecto especial con tal actuación, consistente en interrumpir respecto de ellos los plazos de prescripción.

Que se advierte de la norma analizada en estos términos la menor limitación en cuanto a impedir la posibilidad de que el trabajador demande tanto a su empleador como a aquellos que pudieren resultar responsables de las obligaciones contraídas por aquellos, en la medida en que la misma no es una responsabilidad directa sino que subsidiaria, lo que importa que solo se hará efectiva en el caso que el principal obligado no cumpla y más aún en la medida que es una disposición que en su esencia permite al actor elegir la posibilidad de demandar a ambos responsables o solo al obligado en forma principal pero con la posibilidad de interrumpir la prescripción en la medida en que notifique la

Chilena de Derecho, vol. 27, N° 1, pp. 155-166, 2000, Intitulado: La responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo: Una lectura procesal”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2000, vol. 27, N° 2, pp. 421-424.

² Según ley 19.666 del 13 de marzo de 2000. Mediante este texto legal se modificó el inciso tercero del artículo 64, estableciendo que “El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que pueden responder en tal calidad de sus derechos”.

acción al demandado subsidiariamente.

Que esto, además, guarda armonía con el principio procesal de la pluralidad de partes o acciones en la medida que provengan de un mismo hecho que le sirva de fundamento y con el principio de economía procesal que impera en nuestro derecho, no advirtiéndose como el ejercicio de las acciones en forma separada pudieren resultar más beneficiosas para el responsable subsidiariamente en la medida en que dada la naturaleza de su responsabilidad, siempre –aún en la etapa de cumplimiento de la sentencia– puede oponer el beneficio de excusión si fuere pertinente, como ocurrió en este caso”³.

Como se observa, la Corte consideró que en cualquier caso la demanda en el juicio declarativo respectivo en el que deben comparecer el deudor principal y el subsidiario, eran, bajo la regla del artículo 64, preceptivas. La razón de lo anterior es obvia: una solución distinta (*v. gr.*, que el juicio seguido contra el deudor principal sea por ese solo hecho oponible al deudor subsidiario) infringiría el principio de relatividad de las sentencias judiciales y no sería compatible con la índole plural de la responsabilidad. Por otra parte, se impediría el ejercicio del derecho de defensa del deudor subsidiario, al no poder impugnar la existencia y cuantía de la obligación.

³ Corte Suprema, 5 de abril de 2000, en *LexisNexis*, N° 16.710.

Los casos de responsabilidad plural –*v. gr.*, la fianza y la solidaridad– suponen que el fiador o codeudor sean demandados por el acreedor. Así ocurre, desde luego, con la fianza y así ocurre, también, con la solidaridad. Una somera revisión de las reglas de derecho común pone de manifiesto lo que se viene diciendo.

En efecto, el fiador siempre retiene el derecho de hacer valer en contra del acreedor las excepciones reales, es decir, las excepciones inherentes a la obligación principal (véase artículo 2.354 del *Código Civil*). Nada de eso podría hacer el fiador (el deudor subsidiario por excelencia) si no comparece al juicio declarativo donde adquiere ejecutividad la obligación que garantiza. Por su parte, el codeudor solidario debe también, en cualquier caso, ser demandado por el acreedor (artículo 1.514). Repugna, entonces, al Derecho vigente que el codeudor o el fiador sean ejecutados sobre la base de un título –sentencia judicial o avenimiento o acta– en cuya configuración no participaron.

En el caso en análisis las reglas precedentes fueron infringidas. En efecto, a la luz de los antecedentes que los informantes han podido revisar, M. S.A. no compareció de modo alguno en el acuerdo que la deudora principal –C. Ltda.– suscribió con los acreedores.

El artículo 462 del *Código del Trabajo* otorga mérito ejecutivo a

“las actas que den constancia de acuerdos producidos ante los inspectores del trabajo, firmadas por las partes y autorizadas por éstos y que contengan la

existencia de una obligación laboral”.

M. S.A., cuya responsabilidad subsidiaria se pretende ejecutar, no compareció a ese acuerdo y conforme las reglas del Derecho Común, el acuerdo le es, entonces, inoponible. El acuerdo entre el deudor principal y el acreedor no puede ser vinculante para el deudor subsidiario. Así lo indican, de nuevo, los principios generales del Derecho Común en materia de pluralidad de deudores, incluso, en materia de solidaridad: desde luego, la novación entre uno cualquiera de los deudores solidarios y el acreedor, extingue la solidaridad respecto de los demás, a menos que accedan a la obligación nuevamente constituida (artículo 1.519 del *Código Civil*).

“Si la sustitución de una obligación por otra extingue la solidaridad, con mayor razón –*mutatis mutandis*– el acuerdo que hace nacer la obligación entre el deudor principal y el acreedor, no puede ser esgrimido contra el deudor subsidiario. Una solución distinta dejaría un amplio campo abierto a la simulación”.

En efecto, el acuerdo entre el deudor principal y el acreedor daría lugar a una obligación respecto de un tercero –el deudor subsidiario– sin que éste haya participado en dicho acuerdo.

Debe concluirse, entonces, que la existencia de un juicio declarativo es un requisito imprescindible para hacer valer la responsabilidad subsidiaria pre-

vista en el artículo 64. La mera existencia de un acuerdo entre el deudor principal y el acreedor carece de ejecutividad en contra del deudor subsidiario.

En consonancia con los precedentes principios, la jurisprudencia ha estimado que la sentencia definitiva obtenida en un juicio laboral no constituye un título ejecutivo oponible al supuesto responsable subsidiario si éste no participó en el juicio. La Corte de Apelaciones de Concepción estimó que:

“La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena respecto de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de sus trabajadores debe determinarse en un juicio declarativo y, por tanto, no procede que ella se pretenda hacer efectiva en juicio ejecutivo originado en el cumplimiento de una sentencia pronunciada en un proceso laboral en que el supuesto responsable no ha sido parte”⁴.

Se suma a lo anterior el hecho que la sentencia recurrida infringe el artículo 1.545 del *Código Civil*. Este precepto, como se sabe, consagra el efecto relativo de los contratos. Nadie puede resultar obligado a ejecutar un contrato en el cual no fue parte. Sólo los sujetos que concurren con su voluntad a celebrar el contrato pueden obligarse. En otros términos, un contrato no puede gene-

⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de julio de 1986, en RDJ, tomo LXXXIII, sec. 3^a, p. 135.

rar obligaciones para terceros. Se trata de uno de los principios fundamentales de la teoría general de los contratos.

En el caso en cuestión, el acuerdo del cual emana la obligación del deudor principal constituye un genuino contrato. Como es sabido, bajo las reglas del derecho vigente en Chile un contrato es una convención por la cual –según expresa el artículo 1.438– “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. A la luz de las normas jurídicas vigentes, equivale a un contrato el acuerdo en que las partes convienen sustituir una obligación por otra, quedando la primera extinguida, motivo por el cual el *Código Civil* se refiere al “contrato de novación” (artículo 1.630). También equivale a un contrato, el acto por el cual las partes precaven un litigio eventual o ponen término a un litigio pendiente (artículo 2.446). En fin, de manera explícita el *Código Civil* acuerda naturaleza contractual a la subrogación convencional (artículo 1.611).

¿A qué equivale, jurídicamente hablando, el acuerdo entre trabajadores y empleadores que se contiene en un acta suscrita ante la Inspección del Trabajo? O, en otras palabras, ¿cuál será la fuente de las obligaciones que, de allí en adelante, los trabajadores podrán esgrimir? Por supuesto, la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra posee un indudable carácter legal; pero de lo que se trata es de averiguar cuál es la fuente de las obligaciones por las que esa responsabilidad subsidiaria se persigue.

Desde el punto de vista del Derecho Común –constituido, sobra recordarlo, por las reglas de Derecho Civil

cuyo ámbito de vigencia es supletorio– el referido acuerdo, juzgado a la luz del artículo 1.437 del *Código Civil* y a la luz del artículo 2.284 del mismo cuerpo normativo, equivale a un genuino contrato: es la convención o acuerdo entre las partes la fuente de las obligaciones que ahora se hacen valer, como lo prueba el hecho que si se acreditase la falta de acuerdo (por error o dolo) entonces esas obligaciones no se tendrían por existentes. Por supuesto, se trata, además, de un acuerdo provisto de ejecutividad: ella, claro está, proviene no del acuerdo sino de las condiciones en medio de las que se suscribe. Pero se dota de ejecutividad a un acuerdo y, como es obvio, la ejecutividad del título no puede exceder el ámbito de su natural obligatoriedad. Todo esto es inconcuso a la luz de las reglas generales del Derecho.

Por consiguiente, el acuerdo que se ha venido analizando se rige por las reglas generales previstas en el título XII del libro IV del *Código Civil*. El artículo 1.545 establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, de donde se sigue, a *contrario sensu*, que si un sujeto de derecho no es parte, entonces no se encuentra jurídicamente vinculado. Por eso el *Código Civil* establece como excepciones la promesa del hecho ajeno y la estipulación por otro; aunque siempre sometiéndolas a la adhesión final de todos los afectados. La obligación que nace del acuerdo celebrado por la empresa contratista C. Ltda. y los trabajadores, no puede, entonces, obligar a la empresa M. S.A. Para que ello hubiera ocurrido, habría sido necesario que M. S.A. hubiera comparecido

al referido acuerdo personalmente o representada o que, en defecto de todo lo anterior, hubiere actuado un agente oficioso cuya gestión, en razón de su utilidad, la obligara. Sin embargo, nada de eso ha ocurrido, o consta, en los antecedentes que los informantes han revisado. La sentencia impugnada se basa, entonces, en un título ejecutivo donde consta un contrato del que la empresa M. S.A. no forma parte. Esto viola la ley e infringe principios básicos de Derecho.

Se ha quebrantado un principio básico del Derecho de los Contratos, el efecto relativo de los contratos. Los contratos sólo obligan a las partes que concurren a celebrarlo. Luego, el acuerdo constitutivo del título ejecutivo sólo puede obligar en cuanto a su carácter ejecutivo a la empresa contratista.

Aceptar la tesis contraria llevaría a sostener que puede exigirse el cumplimiento forzado de una obligación determinada a una persona que no figura como deudor principal o subsidiario en el título que se hace valer en la ejecución. Semejante hipótesis no resulta concordante con los principios fundamentales en que se sustenta el Derecho Procesal y la teoría general del contrato.

“Tanto es así que tratándose de obligaciones solidarias la Corte Suprema ha declarado que no existe acción de cosa juzgada para hacer cumplir la sentencia, en contra de los deudores que no figuraron como demandados en el juicio”⁵.

⁵ Corte Suprema, en RDJ, tomo 40, sec. 1^a, p. 249, tomo 65, sec. 1^a, p. 321.

Menos podría exigirse que el acuerdo entre el contratista y los demandantes otorgara carácter ejecutivo en contra de la empresa responsable subsidiariamente, la cual no fue parte en dicho acuerdo. Por ende, no existe título ejecutivo del cual emane la responsabilidad subsidiaria. Para esto se requiere una sentencia judicial que así lo señale, tanto respecto del deudor principal como de aquel obligado de manera subsidiaria. *Lo que se dice de la cosa juzgada respecto de la solidaridad, con mayor razón debe decirse del mero acuerdo, tratándose –como es el caso– de responsabilidad subsidiaria.*

En suma, el título que se pretende hacer valer en el juicio cuyas piezas principales hemos tenido a la vista, carece de mérito ejecutivo con respecto a Empresas M. S.A. Es opinión de los informantes que, a la luz del Derecho vigente, la sentencia de segunda instancia ha incurrido en un error de derecho susceptible de enmendarse por la vía de la casación en el fondo.

II

Una vez dilucidado lo anterior –esto es, dilucidado que el acuerdo ante la Inspección del Trabajo carece de fuerza ejecutiva respecto del deudor subsidiario– cabe, ahora, preguntarse si acaso la responsabilidad subsidiaria que establece el artículo 64 que se ha venido citando, faculta al deudor subsidiario para interponer el beneficio de excusión.

La respuesta a la precedente pregunta consta en un fallo de Casación:

el deudor subsidiario puede, sin duda, interponer el beneficio de excusión⁶. La misma respuesta es posible encontrarla en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 64 del *Código del Trabajo*. El actual artículo 64 tuvo su origen en una indicación sustitutiva del Ejecutivo. En ella se dejó constancia que la responsabilidad subsidiaria es la misma que la del fiador. Se prefirió usar la expresión responsabilidad subsidiaria para destacar que es la ley la que está imponiendo al dueño de las obras la misma responsabilidad del fiador. El legislador –se dijo al explicar el precepto– ocupa la expresión “responsabilidad subsidiaria” en: “Aquellas situaciones en que se tenga la misma responsabilidad del fiador; pero por mandato de la ley...”⁷.

Sin perjuicio de lo terminante de esos antecedentes –conforme a los cuales la responsabilidad subsidiaria es la misma que la del fiador– cabe examinar las razones de fondo que conducen a esa misma conclusión y, en lo que interesa a este informe, a la conclusión que el beneficio de excusión le corresponde al dueño de las obras, justamente por ser un responsable subsidiario.

La responsabilidad del dueño de la obra consagrada en el artículo 64 del *Código del Trabajo* es de naturaleza subsidiaria. Esto quiere decir que sólo en el evento que el deudor principal no cumpla con sus obligaciones laborales

o previsionales, el trabajador podrá exigir el pago al dueño de la obra. Si bien, según dijimos, puede demandar a ambos en juicio laboral declarativo, no puede dirigirse por vía principal en contra del dueño de la obra. Se requiere necesariamente que el demandado intente hacer efectiva por vía principal la responsabilidad del contratista. De esta manera la responsabilidad del dueño de la obra nace con la condición de que se haga efectiva la responsabilidad directa del contratista. Lo contrario significa consagrar por vía pretoriana una verdadera obligación *in solidum* ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones con sujeto pasivo plural, son de tres clases. *La obligación es, por regla general, simplemente conjunta y, por vía excepcional, subsidiaria o solidaria.*

Si la obligación es simplemente conjunta, entonces se produce una dispersión de la responsabilidad (habrá tantas obligaciones como deudores) y la insolvencia de uno de los deudores no grava a los demás. Existen, en otras palabras, tres diversos derechos de prenda general comunicados cada uno respecto de los otros.

En el otro extremo, la obligación puede ser solidaria. En este caso, existe unidad de la prestación y pluralidad de vínculos obligacionales; además, la insolvencia de un codeudor grava a los otros. El acreedor puede dirigirse contra el deudor que prefiera y éste no puede esgrimir la excusión ni el beneficio de división.

La obligación es, en cambio, subsidiaria cuando el tercero es responsable

⁶ Véase sentencia citada en (n. 3).

⁷ Ley 19.666, *Diario Oficial*, 10 de marzo de 2000, *Historia de la Ley 19.666, Sesión 8ª*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2000, p. 683.

con la condición de que el patrimonio directamente obligado resulte insuficiente. La insuficiencia del derecho de prenda general del directamente obligado –como condición para dirigirse contra el deudor subsidiario– es condición objetiva ineludible para las obligaciones del tipo de las que establece el artículo 64 del *Código del Trabajo*, puesto que la *subsidiariedad es una condición objetiva de la responsabilidad, no una condición meramente potestativa del acreedor*.

Es fácil comprender que cualesquiera otra alternativa resulta inadmisibles a la luz de los principios generales del Derecho.

En efecto, si el acreedor pudiera dirigirse contra el directamente obligado o el deudor subsidiario, a su arbitrio, entonces no habría ya subsidiariedad, sino elección a cargo del deudor: en tal caso no habría ya ni deudor directo ni deudor subsidiario. Ambos estarían entregados a la discreción del acreedor quien podría escoger –como el acreedor solidario– a su arbitrio en qué patrimonio hacer efectiva su obligación. Nada de eso es admisible a la luz del Derecho vigente. La subsidiariedad en la obligación es una forma de garantía para el caso que el deudor principal o directamente obligado no cumpla.

En otras palabras, la subsidiariedad *es una condición objetiva de la responsabilidad, no una condición meramente potestativa del acreedor*. Si la responsabilidad de M. S.A. depende de la voluntad del acreedor, entonces la subsidiariedad que declara el artículo 64 del *Código del Trabajo* dejaría de ser una característica objetiva de la responsabilidad y pasaría a asemejarse a la responsabilidad direc-

ta y presunta que establece en materia de delitos y cuasidelitos el artículo 2.320 y éste no es –manifiestamente– el caso.

El artículo 2.320 del *Código Civil* consagra la responsabilidad por el hecho ajeno, la cual tiene el carácter de principal y presunta. La víctima-acreedor puede demandar de manera indistinta o conjunta al agente directo del daño y al tercero civilmente responsable, existiendo una presunción de culpa de este último, una vez acreditado el vínculo de subordinación y la responsabilidad del agente directo. Que sea una responsabilidad principal significa que la víctima no requiere demandar con anterioridad al agente directo del daño. Basta que acredite la culpa y el vínculo de subordinación del agente directo, pero no es necesaria una demanda civil en su contra. De ahí que la jurisprudencia reiterada haya aceptado la culpa anónima o agente desconocido en la responsabilidad por el hecho ajeno. La víctima puede exigir la responsabilidad por el total al tercero civilmente responsable sin conocer la individualidad del agente directo. El actor queda liberado de la necesidad de identificar al concreto dependiente que con culpa causó el daño⁸. Además, el tercero civilmente responsable puede eximirse de responsabilidad probando que empleó la diligencia debida –ex. art. 2.320 inc. final del *Código Civil*–.

Con todo, cabe destacar que ni siquiera la responsabilidad por el hecho

⁸ Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, RDJ, tomo 22, sec. 1ª, p. 681; véanse también RDJ, tomo 28, sec. 1ª, p. 64 y RDJ, tomo 55, sec. 4ª, p. 209).

ajeno descrita en el artículo 2.320 ha sido considerada solidaria entre el agente directo y el tercero civilmente responsable⁹. La razón radica en el artículo 2.317 del *Código Civil*, el cual exige que el delito o cuasidelito haya sido cometido de manera simultánea por los coautores. En el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno, ha estimado la jurisprudencia, no existe una comisión del agente directo y el tercero civilmente responsable, sino un solo delito o cuasidelito cometido por cada uno de ellos. En suma, si bien se trata de una responsabilidad directa y presunta, en ningún caso es solidaria¹⁰.

Una cuestión distinta ocurre en el citado artículo 64, aquí la garantía del deudor subsidiario que compromete su derecho de prenda general no es directa, sino subsidiaria. El acreedor de las obligaciones previsionales o laborales incumplidas no puede hacer efectiva la garantía sin haber ejercido previamente o de manera coetánea su acción contra el deudor principal. Una

condición imprescindible para hacer efectiva la garantía del deudor subsidiario es justamente establecer la obligación del deudor principal en el juicio declarativo, en el cual se debe emplazar también al deudor subsidiario. Sólo una vez acreditada la obligación del deudor principal puede exigirse, por vía subsidiaria, el pago al dueño de la obra. En conclusión, este último tiene una responsabilidad objetiva y subsidiaria, lo cual exige aceptar el ejercicio del beneficio de excusión en su favor.

Ahora bien, forma parte inescindible de la responsabilidad subsidiaria el ejercicio del beneficio de excusión. Este beneficio no es más que un mecanismo procedimental que tiene por finalidad hacer efectiva la subsidiariedad como característica objetiva de la responsabilidad. En otras palabras, una responsabilidad subsidiaria carente del beneficio de excusión, deja de ser subsidiaria y se transforma en solidaria (artículo 2.358, N° 2). Ya se dijo, en el Derecho de Obligaciones y para el caso que exista pluralidad de sujetos, la obligación o es simplemente conjunta, o es solidaria, o es subsidiaria. La construcción pretoriana de una tercera alternativa –que, sin solidaridad, el acreedor pueda escoger discrecionalmente a quien demanda– viola el derecho vigente.

Las conclusiones precedentes, son plenamente reconocidas por el Derecho vigente en Chile. Así el artículo 2.365 establece que si el fiador

“expresa e inequívocamente no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor, se entenderá

⁹ En este sentido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, p. 323, n. 3: “esto no significa que haya entre ellos solidaridad; según el art. 2317 ésta existe entre los coautores de un mismo delito o cuasidelito. El responsable civilmente y el autor directo del daño no tienen este carácter, pues el delito o cuasidelito ha sido cometido por una sola persona”. Lo sigue ABELIUK MANASEVICH, R., *Las Obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Jurídica, 2001, tomo I, N° 277, p. 256.

¹⁰ Corte Suprema, 28 de diciembre de 1998, Causa rol 15.847 del 2° Juzgado Civil de Los Andes –sin publicar–; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26 de octubre de 1989, en RDJ, tomo LXXXVI, secc. 2ª, p. 113.

que el acreedor es obligado a la excusión...”.

La regla es interpretativa de la voluntad de las partes. *Si Pedro se obliga en un contrato a pagar lo que Diego no pueda obtener de Juan, entonces, interpreta la ley, Pedro posee beneficio de excusión. La índole subsidiaria de la responsabilidad que establece el artículo 64, lleva inequívocamente a la misma conclusión. El beneficio de excusión es derecho supletorio en Chile para el caso de declararse de manera unívoca, por la ley o por las partes, que la responsabilidad es subsidiaria.*

Como sabemos, sólo la solidaridad legal o convencional tiene la virtud de neutralizar la excusión del deudor subsidiario. La responsabilidad subsidiaria implica necesariamente la facultad del deudor de ejercer el beneficio de excusión. Existe una única obligación con dos deudores, uno por vía principal y el otro por vía subsidiaria y condicional. Con relación a Empresas M. S.A. la obligación sólo podrá hacerse efectiva con la condición objetiva que el deudor principal no presente un patrimonio suficiente para pagar. Debe verificarse el hecho futuro e incierto consistente en la imposibilidad de pago del deudor principal para hacer efectiva la responsabilidad del deudor subsidiario.

El artículo 64 del *Código del Trabajo* establece el principio de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra respecto de las obligaciones laborales y previsionales del contratista. En consecuencia, el dueño de la obra puede exigir que el acreedor ejecute en primer término al deudor principal. Todas estas conclusiones –acerca de cuyas premisas existe

un amplio consenso en la doctrina– han sido reconocidas en reciente fallo de casación. En efecto, el máximo tribunal ha señalado que:

“el responsable subsidiariamente, dada la naturaleza de su responsabilidad, siempre –aún en la etapa de cumplimiento de la sentencia– puede oponer el beneficio de excusión”¹¹.

La sentencia cuya decisión se acaba de transcribir, es plenamente coincidente con los desarrollos de la doctrina y la evidencia disponible en torno al artículo 64 del *Código del Trabajo* que se analizó más arriba. La sentencia que niegue la interposición del beneficio de excusión, desconoce la índole explícitamente subsidiaria de la responsabilidad que la ley asigna al dueño de las obras e incurre en un evidente error de Derecho.

III

Conclusión, la evidencia examinada y el conocimiento disponible permiten concluir que:

- 1) La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra que establece el artículo 64 del *Código del Trabajo* lo es respecto de aquellas obligaciones acreditadas en el juicio ordinario laboral en el que el responsable subsidiariamente ha comparecido una vez que ha sido demandado;

¹¹ Sentencia citada, (n. 3).

- 2) La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra no puede hacerse valer ejecutivamente respecto de obligaciones que constan de un acuerdo, celebrado ante la Inspección del Trabajo, al que el responsable subsidiariamente no concurre. El acuerdo tiene la naturaleza de una convención o contrato que carece de fuerza obligatoria respecto de terceros. Otra alternativa abriría un amplio cauce a la simulación;
- 3) La responsabilidad subsidiaria –según lo acredita el análisis doctrinal y la historia fidedigna del establecimiento del artículo 64 del *Código del Trabajo*– es la misma que la responsabilidad del fiador, de manera que el responsable subsidiario goza, sin duda alguna, del beneficio de excusión como lo ha señalado la propia Corte Suprema en fallo de casación.