

HECHO DEL DEPENDIENTE: ABUSO DE FUNCIONES Y OCASIONALIDAD NECESARIA

POR

LUIS LARRAÑAGA

1. RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO Y POR HECHO AJENO

En la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno –enseña el Prof. Gamarra– “existen dos sujetos obligados a reparar el mismo daño: el autor directo del evento dañoso y el que responde en vía indirecta o vicaria. El primero responde por hecho propio, por su propia culpa, como autor directo del daño en aplicación de lo dispuesto por el art.1319; y el segundo es responsable indirectamente, por hecho ajeno, a título de garantía (art 1324)”. Concluye señalando: “...para que exista responsabilidad indirecta de la empresa se requiere un hecho ilícito dañoso cometido con culpa por su dependiente. La responsabilidad directa resulta ser, entonces, un presupuesto esencial o necesario de la indirecta (...) la responsabilidad indirecta es independiente de la culpa; estamos ante una responsabilidad de tipo objetivo” (garantía)¹.

Si aplicamos estas nociones a la relación empleador-dependiente, respecto a un evento dañoso causado por este último, resulta necesario: (a) una relación de dependencia; b) la culpa del dependiente; y c) un nexo causal entre el hecho dañoso y la función ejercida por el dependiente. De manera que, de no existir alguno de tales requisitos necesarios, no operará la responsabilidad vicaria del empleador.

2. PROPAGACIÓN O AMPLIACIÓN DE LOS REQUISITOS Y DE LA RESPONSABILIDAD

Los requisitos que vienen de mencionarse sufrieron un efecto expansivo. Pasaron de una

¹Gamarra, J. Tratado de derecho civil uruguayo, T. XX 2ª.ed. ampliada y actualizada p.169 y 171, Montevideo 2003. Starck, B. Droit Civil. Obligations. T. 1 Responsabilité délictuelle Paris 1988 ps. 38 y ss. aunque para el autor la responsabilidad del empleador es directa.

estructura jurídica rígida a una estructura económica abierta² o, como señala Caffera, se produjo una suerte de “propagación” económica de los citados requisitos o una “propagación de la responsabilidad”³.

a. Un primer aspecto apunta al concepto de dependencia. El dependiente (a quien se le confiere un encargo o empleo) pasó de ser un subordinado jurídico en el sentido de subordinación laboral, a un dependiente económico. Esta noción de dependencia económica comprende incluso a quien “es utilizado por otro que lo hace obrar para sí”, o sea, a quien está sometido a un agente económico dominante⁴, aún en ausencia de una relación de subordinación jurídica. De manera que ahora se acepta que el dependiente pueda ser no sólo el empleado, sujeto a una relación de subordinación laboral, sino también una empresa distribuidora o transportista como agente económico dominado (dependiente económico)⁵.

La actual doctrina adopta un criterio más flexible, tal como ha sido admitido en las propuestas de los PETL y del DCFR⁶. Para Caffera,

² Caffera, G. Responsabilidad por hecho del dependiente. Dependencia económica y poder de controlen la doctrina y jurisprudencia actual, en Anuario de Derecho Civil, t. XXXIV ps. 512 y ss.

³ Caffera, p.510. El autor compara la construcción clásica y la moderna de los citados requisitos: de manera que de la subordinación jurídica se pasó a la dependencia económica, de la culpa “in vigilando, in instruendo o in eligendo” por el patrono se pasó a la responsabilidad como garante y de la responsabilidad del dependiente por actos generados en el ejercicio de sus funciones se amplió hacia aquellos actos realizados en ocasión de su encargo.

⁴ Gamarra, cit. ps. 166, 250 y 252. ” (TDCU t. XX p.165). TAC 4º. Pera (red.) Ettlín, Gatti en ADCU cit. c. 696.

⁵ ADCU t. XXXI c. 1038, XXXII c.970, t. XXXIII c. 837 y 839.

⁶ Principles of European Tort Law (PETL) (Principios de derecho europeo de responsabilidad civil que

la ampliación del concepto se resumiría en el "poder del principal sobre el dependiente"; en otras palabras, en un "poder material y estructural"⁷ del agente económico dominante sobre el agente económico dominado (quien actúa como instrumento material del primero). Todo lo cual -a mi juicio- resulta preocupante atento a que se podrían desconocer los límites de esta expansión inusitada que, como también señala Caffera, esa noción de dependencia puede extenderse en forma no sólo vertical sino también horizontal⁸. De aceptarse esta tendencia que parece no conocer límites concretos, la dependencia económica abrazaría situaciones que estimo podrían resultar perjudiciales para empresas y emprendimientos productivos, en particular pequeñas y medianas empresas. A ello atiende el profesor compatriota al plantear su inquietud por demarcar los límites precisos que debe abarcar a los supuestos dependientes económicos⁹.

b. Un segundo aspecto tiene que ver con el requisito de la culpa del dependiente. La culpa del responsable directo del daño (dependiente) regulada por el art. 1319 CC, resulta alterada con un signo de "propagación" desde la responsabilidad subjetiva (con culpa) del dependiente hacia una responsabilidad objetiva exclusiva del patrono (con exclusión de la culpa del dependiente económico)¹⁰.

Esta postura puede observarse en el nuevo avance doctrinario que estima procedente apli-

son el resultado de más de diez años de trabajo del llamado European Group on Tort Law El DFCR (Draft Common Frame of Reference) es el Proyecto de un marco común de referencia para el derecho privado europeo; o sea una codificación europea del derecho civil.

⁷ Caffera, p. 512

⁸ Caffera advierte que los límites pueden ser los siguientes: "(a) no toda estructura instrumental económica es relevante para generar una relación de dependencia, y (b) la dirección de propagación es sólo vertical"

⁹ Así Caffera como Gamarra excluyen a los trabajadores independientes a la empresa constructora, al taxista respecto al pasajero porque no forman parte de la organización del agente dominante.

¹⁰ A juicio de Ordoqui "sólo los partidarios de la aplicación de la teoría del riesgo provecho han prescindido de la exigencia de la conducta ilícito culpable en el dependiente", en Responsabilidad civil por actos de dependientes y auxiliares, en Estudios de derecho jurisprudencial, Montevideo. 1997 p.84.

car la responsabilidad exclusiva del empleador a través de la teoría del riesgo provecho o riesgo de la empresa¹¹, la que "no concuerda con la exigencia de un acto culposo del dependiente como presupuesto de la responsabilidad ni tampoco con la acción de regreso"¹². En pocas palabras, se prescindiría de la culpa del dependiente. Esta tendencia doctrinaria postula excluir la responsabilidad directa por culpa del dependiente regulada en el art. 1319 y sustituirla por la responsabilidad objetiva y exclusiva del patrono o agente económico dominante.

Si bien la doctrina del riesgo provecho no se ajusta estrictamente a nuestro derecho positivo como lo advierte Gamarra, no resulta menor la tendencia doctrinaria que reclama una ampliación desde el ámbito de la responsabilidad subjetiva del dependiente hacia una responsabilidad objetiva y exclusiva del empleador. Hoy día, a mi juicio, la responsabilidad directa por culpa del subordinado jurídico o dependiente económico no puede excluirse, al encontrarse regulada como un requisito necesario por el art. 1319 del CC de lo que da cuenta nuestra jurisprudencia. Lo cual no obsta que el empleador o agente económico dominante asuma la responsabilidad objetiva en su calidad de garante (art. 1324), como lo ha destacado la doctrina prevalente¹³.

c. Finalmente, el nexo causal entre el evento dañoso y la función ejercida por el dependiente, también sufrió una expansión. Como lo explica el Prof. Gamarra, en un principio la doctrina excluía de la responsabilidad indirecta del patrono, el hecho ilícito cometido por su dependiente "durante el descanso, en el trayecto y por supuesto cuando el empleado actúa por motivos personales, no vinculados al interés de la empresa (casos de abuso)"¹⁴. Ahora, a través de la incidencia de la

¹¹ Es una teoría introducida en Italia por Calabresi en base a la doctrina anglosajona y difundida por Castronovo, en Franceschetti, P. Responsabilità extracontrattuale, www.altalex.com. Starck, cit.

¹² Ver exposición en Gamarra, ps. 208 y 209.

¹³ Gamarra, ps. 249 y ss. De Cores, ADCU t. XXII p.400. Gamarra entiende que la doctrina del riesgo provecho o riesgo de la empresa no puede aceptarse "en su forma pura" de lo que puede interpretarse una aceptación parcial de la misma.

¹⁴ Gamarra, p. 275.

doctrina y jurisprudencia italiana y con demora de parte de la francesa¹⁵, se produjo una expansión de la responsabilidad del empleador en aquellos actos dañosos acaecidos en ocasión de la función. Porque "el giro en el servicio" (dispuesto en el art. 1324 inc. 5) no significa "durante" el servicio, sino a consecuencia del servicio; basta que la función sea la ocasión que haya hecho posible, facilitado o favorecido el hecho ilícito dañoso".

Agrega el citado maestro: "se entiende que el daño está ocasionado por la función cuando el dependiente utiliza los medios puestos a su disposición por el empleador o el ejercicio de la función proporciona las condiciones de tiempo, modo y lugar aptas para la realización del hecho dañoso, y la función es la ocasión cuando el hecho se vincula a la relación de empleo que lo que une al patrón, o no resulta independiente de ésta".

De manera de incluir: "las peleas o lesiones acaecidos por razones de trabajo, como la discusión entre conductores por motivos de tránsito, o del empleado con el cliente o maniobras dolosas (estafas apropiaciones indebidas) perpetradas por empleados bancarios, comprometen la responsabilidad indirecta"¹⁶. Todo lo cual lo resume en el siguiente apotegma: "si no hubiera sido dependiente el daño no se hubiera producido"¹⁷, con lo cual la responsabilidad del empleador se torna claramente objetiva, pasando a ser, en la práctica judicial, como único responsable, incidiendo en ello la doctrina del riesgo provecho o del riesgo empresarial (aunque en teoría se lo trate como un garante). Los tres requisitos enunciados al principio (culpa del dependiente, nexo y relación de dependencia) pasan a resumirse sólo en uno: la existencia de una relación de dependencia jurídica o económica es suficiente para atribuir las consecuencias del evento dañoso al empleador o agente económicamente dominante. Este supuesto "avance" doctrinario hace desaparecer la relación de depen-

dencia, la culpa del dependiente, el nexo causal y la responsabilidad del empleador como garante, pasando a ser el empleador el único responsable objetivo del evento dañoso.

La jurisprudencia adoptó rápidamente esta postura doctrinaria¹⁸, determinando con ello la exclusión del acto abusivo del dependiente como factor exonerativo de la responsabilidad vicaria del empleador. Pero este criterio "descarnado" de ocasionalidad al decir del TAC 1º en sentencia redactada por la Dra. Nilza Salvo¹⁹, se vería alterado por algunas sentencias de nuestros tribunales que - sin dejar de reconocer el moderno criterio de la ocasionalidad necesaria-, y examinando su extralimitación o falta de razonabilidad a ciertos casos concretos, apela a otros argumentos con el fin de no atarse a la figura absorbente de la ocasionalidad. Para ello, recurre a la transferencia de la guarda, al interés del empleado opuesto al del empleador, al ejercicio de un derecho personalísimo del dependiente e incluso dejando en evidencia la falta de relación de dependencia, excluyendo con ello cualquier responsabilidad que pretenda atribuirse al empleador en su calidad de garante.

3. JURISPRUDENCIA QUE SE APARTA DE LA TEORÍA DE LA OCASIONALIDAD NECESARIA

a. Sentencia del TAC 2º. Un empleado, utilizando el vehículo de su empleador para dar un paseo en Piriápolis, fuera del ejercicio de sus funciones (el trabajador era telefonista en Montevideo), en un día domingo que no era laborable y en compañía de su novia (hija del dueño la empresa), tuvo un accidente dañando a un tercero. El tribunal adoptó la tesis de la transferencia de la guarda a su favor por parte de la empresa y, de esa manera, eludió que el empleador fuera responsabilizado por los daños causados²⁰. Sin perjuicio de contar en su haber con todos los elementos útiles para aplicar la teoría de la ocasionalidad (tiempo, lugar y un vehículo de la empresa) así como

¹⁵ Mazeud, H. Mazeud, L. Chabas, F. Lecons de droit civil, 9ª. ed. t. II premier volumen, Obligations, thérie générale, Paris 1998 ps. 526 s 529.

¹⁶ Gamarra, p.278. Gamarra, J. Responsabilidad de la empresa en caso de abuso de funciones, en ADCU t. XIX p.170 y del mismo autor: Lo nuevo y lo viejo en la responsabilidad extracontractual, ADCU t. XXXII ps.734-735.

¹⁷ Gamarra, p.278

¹⁸ ADCU t. XXI c.1089, t. XXX c.993, t. XXXI c. 1038, 1040 y 1041, t. XXXII c.967, 971 y 973, t. XXXV c. 969, t. XXXVI c.970 y 971. DJC t. IV c. 885 y 887. DJC t. IV c.885.

¹⁹ ADCU t. XXXVI c. 970.

²⁰ TAC 2º. en ADCU t. XXIII c.1151

un discutido desplazamiento de la guarda²¹, la sentencia evita la ocasionalidad y exonera a la empresa.

b. Sentencia del TAC 4º. En otro caso en que debió dictaminar el TAC 4º "el conductor sabía que tenía que dejar el camión en el depósito al llegar a Paysandú y esa era la orden que le había impartido el patrono a su dependiente lo que no se cumplió en la especie, por cuanto el conductor luego de llegar a Paysandú indicó "voy a dar una vuelta y vengo", circunstancia en que causó el accidente." La sentencia del tribunal, por mayoría, entendió "que queda excluida la responsabilidad indirecta, pues **el acto dañoso fue cometido fuera de las funciones** para las cuales se contrató al dependiente y **por motivos personales** y para **nada vinculados al interés de la empresa** resultando inaplicable al art. 1324 CC."²².

El fallo abandona la doctrina de la ocasionalidad necesaria, desatendiendo plenamente los indicios que se utilizan para su admisión, cuando el empleado se desvía voluntariamente del trayecto o destino que le imponen sus funciones, desobedeciendo -además- la orden impartida por la empresa. Con este criterio, la Sala se aparta de la postura de Gamarra, quien entiende que "el acto abusivo consiste en utilizar las funciones para sus fines personales, o para fines ajenos a los que se le asignaron, es un acto que por definición pertenece al ejercicio de la función en cuanto es siempre la ocasión necesaria para que el mismo se verifique"²³.

Retoma, en cambio, un concepto criticado por la doctrina de la ocasionalidad, en cuanto articula como argumento, que la conducta llevada a cabo por el dependiente no estaba vinculada "al interés de la empresa"²⁴. Se ha con-

²¹ Gamarra, recuerda el criterio del Dr. Hounié en el sentido que "no basta que un sujeto reciba la cosa de otro para convertirse en guardián", ni "todo comodato desplaza la guarda" (TDCU t. XXI 3s. ed. actualizada, Montevideo 2002 p.302).

²² TAC 4º. Integrado por Dres. Larrioux, Turell, Tobía (disc.) y Vázquez Cruz, sentencia del 6/6/2001

²³ Gamarra, p.2184.

²⁴ Calvo Costa sostiene que "resulta fundamental que la actuación que despliega el agente debe ser en interés de quien ejerce la autoridad de mando sobre él, aún cuando dicho interés pueda ser compartido con el dependiente o con un tercero" (Responsabilidad por hecho del dependiente, www.calvocosta.com.ar).

siderado por parte de quienes apuestan a la "ocasionalidad descarnada" que se trata de un "interés subjetivo" o motivado, que, por ser tal, resulta irrelevante a los efectos de responsabilizar al garante. Pero -según creo- la sentencia se apoya en un criterio objetivo del interés, acreditado por la conducta exteriorizada por el dependiente quien comenta con otros su desobediencia a la orden impartida ("voy a dar una vuelta y vengo") contraponiéndose al interés subjetivo que rechaza la tesis de la ocasionalidad necesaria. En otro orden, destaca los motivos personales que tuvo el empleado, lo que examinaré en el comentario a las sentencias del TAC 6º y TAC 7º.

c. Sentencia del TAC 7º. El TAC 7º, quien rechazó la tesis de la ocasionalidad necesaria, fundado en la **existencia de un acto personalísimo del empleado** y, por tanto, no transferible al ámbito del empleador. El dependiente, en su lugar de trabajo (un predio rural) y cumpliendo sus funciones ultimó a un vecino por hechos vinculados a sus tareas. Existió "coincidencia de todos los ministros intervinientes, cual es **desestimar los agravios tendientes a responsabilizar a los patronos del homicida**, pues claramente los hechos involucran **circunstancias ajenas a la relación laboral** y no puede afirmarse que se desarrollaron como consecuencia o en ocasión del encargo"²⁵.

No hay duda que en las circunstancias analizadas existían elementos determinantes para aplicar la ocasionalidad y responsabilizar al empleador. La sentencia se aparta de la tesis dominante, invocando un acto personalísimo del empleado, aún cuando llevó a cabo el acto por "defender los derechos de su patrón" y en el lugar de trabajo, en un hecho que podría considerarse vinculado a la función o en ocasión de la misma. Aún cuando la doctrina apremia extendiendo la responsabilidad del garante en casos de móviles intencionales y personales del empleado, la sentencia "cortó cami-

²⁵ TAC 7º. Integrado por los Dres. Bello (red.), Troise, Rodríguez Carosi y Chediak en ADCU t. XXXIV c.911. Es interesante destacar una argumentación del fallo: "Se trató de un trabajador que, por defender los derechos de su patrón se vio involucrado en tal incidencia, donde todavía fue provocado y todo su ser le impuso apretar el gatillo, por la rabia o desesperación quizás lo quiso matar y lo hizo".

no" asumiendo el criterio del acto personalísimo de manera de eludir la influencia doctrinaria y jurisprudencial dominante.

d. La sentencia del TAC 5^o²⁶ es particular, porque establece límites a la amplitud asignada a la teoría de la ocasionalidad necesaria. Debemos extendernos en su transcripción dada su relevancia en lo que atañe a la noción de dependencia y su vinculación con la ocasionalidad, así como también a la interpretación que le asigna al art. 1324 num.5.

Se pronuncia respecto a la legitimación pasiva de Antel por un accidente cometido por una persona contratada como empresa unipersonal para cumplir funciones de guardahilos (Sr. G.). Mientras conducía su vehículo - el que portaba "un cartel pequeño que rezaba "al servicio de Antel" y llevaba en la caja una escalera propiedad del Ente cuya custodia la tenía el señor G. para realizar sus trabajos"- causó el accidente por el cual la víctima accionó contra Antel en su calidad de garante del dependiente económico (...) Pero ninguno de estos elementos acredita "per se" el desempeño u ocasión del servicio en el momento en que ocurrió el siniestro".

Asimismo, "la circunstancia que el accidente ocurriera cuando el señor G. se prestaba a concurrir a Antel (...) simplemente para cobrar haberes, más de tres horas después de finalizado su horario habitual, en que se requerían sus servicios y sin que tuviera tarea pendiente alguna asignada a ese día, revela (...) que el accidente aconteció mientras el conductor desarrollaba funciones personales privadas y no en ocasión, ni desempeño del servicio".

No desconoce el concepto amplio de dependencia; es más, indica que "... participa del concepto amplio de dependencia imperante en doctrina y jurisprudencia y estima que por la subordinación económica del señor G. revestía la calidad de dependiente de esa entidad, realmente no encuentra en la causa elementos suficientes como para vincular el concreto accidente que motiva la litis, al desempeño del servicio contratado, ni siquiera ocasionalmente, por Antel...".

"Aun con criterio amplio en la consideración del tema, tendiente a considerar atribuible al régimen de responsabilidad por el hecho del dependiente, todo daño que no hubiera ocurrido si el dependiente no tuviera esa calidad (...) **no puede flexibilizarse dicho criterio hasta el punto que todo perjuicio que genere cualquier actividad dependiente sea imputable a su patrón-garante**, porque si bien la calidad de dependiente existe en tanto no cesa el vínculo, la ley solamente hace responsable a "los dueños o directores de un establecimiento o empresa de un establecimiento o empresa respecto de los ramos en que estuvieren empleados (art. 1325 inc.5)". Y La expresión legal referente a perjuicios causados "en el servicio" comprende tanto los generados en el cumplimiento de las tareas como los suscitados en ocasión de las mismas, **pero exige igualmente una vinculación causal entre la actividad y el servicio una conexión relevante**, no bastando con la relación obligacional entre las personas".

Vincula la ocasionalidad con el objetivo indemnizatorio a cargo del garante, y en ese sentido sostiene que "no puede extremarse la flexibilidad de los conceptos de dependencia, ocasionalidad o causalidad en el servicio o con la calidad de dependiente hasta el punto de que en definitiva, la laxitud del criterio conduzca al absurdo que toda acción o inacción de un dependiente resulte causalmente ligada a la prestación de servicio y convoque la responsabilidad de su garante". Pues "...el objetivo indemnizatorio no puede conducir a desconocer los textos legales y los demás fines del ordenamiento jurídico, entre los cuales se encuentra el de responsabilidad a quienes revisten calidad de garantes de sus dependientes cuando estos incurren en conducta causalmente ligadas al servicio, o, como indica la ley "en el servicio de los ramos en que los tuviese empleados (art. 1324 inc. 5)".

De manera conclusiva, interpreta la disposición en examen indicando que: "El empleo de preposición "en" por la disposición aludida, revela que para el legislador (y para la realidad apreciable por cualquier sujeto) **existe un sector de vida comprendido dentro del servicio y otro fuera del último**, que queda excluido del régimen de responsabilidad contemplado por la norma; por lo cual, el criterio interpretativo de aplicación no puede ser tan vago o

²⁶ TAC 5°. Integrado por Dres. Fiorentino (red.), Simón y Presa, sentencia del 24/10/2005 en ADCU t. XXXVI c. 974.

amplio que lleve a comprender toda actividad o inactividad "en el" servicio sin que ninguna quede fuera del mismo".

A mi juicio, el Tribunal considera tres aspectos: primero, que la actividad realizada no fue dentro de la relación de dependencia; segundo, que no puede ampliarse el concepto de dependencia a través de la ocasionalidad de manera de incluir acciones particulares del dependiente con el fin de responsabilizar al garante; tercero, que existe otra interpretación del art. 1324 inc.5 que separa claramente dos esferas, una, dentro del servicio y otra fuera del servicio, y que sólo la primera involucra la responsabilidad indirecta. De manera similar De Cupis alude a la competencia asignada al empleado y un daño causado en su ejercicio. "Si el daño se ocasiona al margen de la incumbencia atribuida, no existe nexo causal entre el daño y la aptitud inicial del dueño o comitente que había atribuido al empleado aquella competencia"²⁷.

e. La sentencia del TAC 6^o²⁸. Una persona reclamó daños y perjuicios causados por la agresión sufrida por empleados de un comercio en la oportunidad que se disponía a realizar una maniobra con su automóvil frente al local comercial. El empleador "opuso la excepción de falta de legitimación pasiva por entender que no había participado ni directa ni indirectamente en el incidente, señalando que este no ocurrió dentro de la empresa y que la relación laboral que tenía con los supuestos agresores no fue el factor determinante de los hechos".

A juicio del Tribunal, la circunstancia que exista una relación de dependencia entre el empleador y los protagonistas del incidente (empleados) así como que los hechos ocurran en el horario de trabajo (aunque fuera del local comercial) "no son suficientes para que surja la responsabilidad del empleador en base en el 1324". Agrega la Sala que "**la falta de conexión entre la agresión sufrida y un acto o hecho vinculado con el trabajo desempeñado por los dependientes permite concluir**

que se trata de un "acto personalísimo", que como tal, es totalmente ajeno a la relación de dependencia".

"Corroborada esta conclusión la circunstancia de que la agresión hubiera ocurrido fuera del local comercial, prácticamente sobre la calle, ya que ello demuestra que se trató de un acto incontrolable para el patrón, que se encontraba dentro de su lugar de trabajo". Y concluye señalando, "Si bien la Sala no desconoce el criterio amplio que nuestra doctrina ha postulado en cuanto a la noción de dependencia en el ámbito del art 1324 concretamente en la zona de abusos de funciones (Gamarra, t. XX p.189) coincide con la Sala de 5º Turno en que **no todo acto del dependiente compromete la responsabilidad de su empleador,** ya que pueden haber casos que evidencien ajenezad con respecto a la función **o una forzada conexión con ella,** así como una improbabilidad o una total imprevisibilidad de la ocurrencia del hecho por parte del empleador y una eventual ausencia de fundamento para imputarle causalmente las consecuencias lesivas del acto en cuestión (ADCU t. 39, c.870, p.534)".

Esta sentencia mereció el comentario de Alonso, para quien el concepto de acto personal o personalísimo proviene del derecho administrativo y que la sentencia se apartó del criterio que sostiene la teoría de la ocasionalidad. "Si bien el evento dañoso se produjo durante el horario laboral del dependiente y en la puerta del local donde el autor del ilícito cumplía sus funciones (lo que sería suficiente para determinar la responsabilidad del empleador desde la perspectiva de la ocasionalidad), el tribunal ha optado por exigir además **una conexión entre el ilícito perpetrado por el dependiente y su relación de trabajo.** Y ante la inexistencia de esta conexión, concluyó que se trataba de un acto personalísimo del dependiente y por ello, el empleador no debe responder"²⁹.

²⁷ De Cupis, A. El daño, trad. 2ª.ed. Barcelona 1970 ps. 693 y 694.

²⁸ TAC 6º.integrado por los Dres. Hounié (red.), Klett y Martínez sentencia dictada el 28/8/2013, en ADCU t. XLIV ps. 873 y 874.

²⁹ Agrega Alonso que "el hecho de que no existiera vinculación entre la conducta del dependiente y su relación de trabajo, parecería "invalidar" la calidad de dependiente, porque cuando el dependiente actúa en interés propio, habría ingresado el ámbito de su vida privada y por lo tanto sólo habría responsabilidad por el hecho propio (art. 1319) pero no por hecho ajeno", ADCU t. XLIV ps. 875 y ss.

4. COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS

a. Apreciaciones generales: Ninguna de las sentencias adopta el criterio amplio de la ocasionalidad necesaria, el cual se presenta como antagónico al abuso de funciones pues, como subraya el Prof Gamarra: "el acto abusivo no es un acto independiente o ajeno a la función (...) el empleado está utilizando las funciones para sus fines personales"³⁰, lo que significa el rechazo a la admisión del abuso de funciones imperando en su lugar la ocasionalidad necesaria. Si bien las sentencias no hacen referencia al abuso de funciones, indirectamente aluden a ella al exonerar de responsabilidad al garante por conductas llevadas a cabo por sus empleados ajenas al interés del empleador, incluso dentro de lugar de trabajo, por hechos personales o "personalísimos" y reconociendo la importancia del nexo causal entre "el ilícito perpetrado por el dependiente y la relación de trabajo" (TAC 6°).

b. Fuera del ámbito de las funciones. El Alto Tribunal de España exoneró al empleador por la actuación de su empleado fuera de las funciones encomendadas, que según la doctrina de ese país "en la práctica acaba siendo el argumento exoneratorio determinante"³¹. Un jugador de básquetbol agredió físicamente al portero del hotel en que se alojaba el equipo en ocasión de un partido, cuando este ya se había disputado y en momentos en que el jugador se retiraba del hotel al margen de la estructura organizativa del club. El argumento que utilizó el tribunal en su sentencia del 10/10/2007, se fundó en que **la actuación del jugador se desarrolló fuera del ámbito de sus funciones**. Criterio éste ratificado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada el 6 de mayo de 2009³². Si bien en Francia, Italia y España se ha adoptado -en general- el sistema de la ocasionalidad, igualmente se plantean problemas en las denominadas "zonas de frontera" o situaciones límites.

El criterio amplio adoptado por los países mencionados no resulta admisible en Alema-

nia, Suiza o Reino Unido, en cuyos ordenamientos, como regla, "para que la responsabilidad se comunique al principal **lo esencial es que el dependiente haya actuado dentro del ámbito objetivo de sus funciones...**". En otros términos, se requiere la suficiente conexión entre la actuación del dependiente y las tareas asignadas³³. El reciente proyecto de ley de responsabilidad civil francesa en su artículo 1249 párrafo 3, establece que si se demuestra que el servidor actuó «fuera de sus funciones», sin autorización o para fines ajenos a sus atribuciones «entonces el principal no es responsable»³⁴. Se observan vientos de cambio en la legislación francesa, restringiendo la aplicación de la ocasionalidad necesaria que viene aplicando la jurisprudencia de ese país.

El TAC 5° prestó relevancia a este requisito al considerar que la aplicación de la moderna doctrina de la ocasionalidad debía darse dentro o en el ámbito del servicio, lo que no comprende aquellas actividades que el empleado realiza fuera del servicio y que atañen a su esfera personal. Por su parte, el TAC 6°, refiriéndose al mismo - aunque sin manifestarlo - señala que no puede forzarse la conexión "con todo acto del dependiente" con el exclusivo fin "de comprometer la responsabilidad del empleador". A mi modo de ver, esta postura rechaza el criterio demasiado flexible acerca de la aplicación de la ocasionalidad necesaria o indirecta, que incluso podría vulnerar el principio de razonabilidad en determinadas situaciones concretas donde la generalización puede determinar situaciones injustas y fuera del encuadre normativo del art. 1324 num.5.

Venturni y Tabakián hacen referencia -en el mismo sentido- al caso de "un homicidio que un funcionario del BROU perpetró en horas de trabajo, pero no en el lugar de trabajo sino en la propia casa del victimario, para robarle dinero". Anotan las citadas profesoras que la sentencia del TAC 2° entendió "que dicho homicidio tuvo fines extraños a las atribuciones funcionales y se perpetró fuera del local de tra-

³⁰ Gamarra, t. XX cit. p.286.

³¹ Solé Feliú, J. La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias, Madrid 2012 p. 47.

³² Sentencia cit.por Solé, ps.47 a 49, 106 y 107.

³³ Solé, ps.96 a 100.

³⁴ Machart, M. Le fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, en <https://www.village.justice.com> Este proyecto de ley fue presentado luego de la sanción de la Ordenanza del 11/2/2016 que modificó el derecho civil francés en lo que atañe a los contratos

bajo y por motivos particulares"³⁵. En coincidencia con este razonamiento jurisprudencial, Calvo Costa indica que debe existir "una congruencia entre el acto encomendado al dependiente y el daño"; destacando que esa "congruencia" debe estar vinculada necesariamente con la función que el empleador confió en su dependiente³⁶.

c. Actos personales o personalísimos: Pero aún en regímenes que adoptan con más flexibilidad el concepto de dependencia, como sucede en España, **no se responsabiliza al empleador si el dependiente actuó con finalidades exclusivamente personales**. Atento a ello, la sentencia del Tribunal Supremo exoneró a la telefónica por los daños causados por uno de sus empleados que utilizó el vehículo de la empresa para trasladar a su familia, con fines particulares y fuera de las horas de trabajo. A juicio del tribunal se trató de "**un acto individual completamente desvinculado de la empresa (...) quedando fuera los supuestos en que los comportamientos o conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal (...) y no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado**"³⁷. El DCFR (Art. VI 3:201), que sustenta un criterio amplio de dependencia, precisa -no obstante- que "el daño sólo cae fuera del contexto de imputación (...) **cuando el auxiliar persigue intereses totalmente personales**" en ocasión de las funciones.

Las sentencias del TAC 6° y 7° utilizan el concepto de **acto personalísimo** del dependiente el cual, atento a su naturaleza, no es transferible al empleador, como lo advierte Sayagués Laso al analizar el art. 24 de la Constitución referente a la responsabilidad del Estado³⁸. Porque el acto personalísimo es aquel que se realiza fuera de las funciones y corresponde atribuirlo a la vida particular del dependiente y por tanto no genera responsabilidad

del empleador³⁹. Para el TAC 7° el homicidio que comete en el lugar de trabajo y en interés de su empleador constituye un acto personalísimo que exonera al garante. De igual manera la agresión física de varios empleados a un tercero, en el horario de trabajo y encontrándose al frente del establecimiento donde prestaban servicios, constituye también un acto personalísimo no resultando absorbido por la noción de ocasionalidad.

d. Conexión entre el daño causado por el dependiente y sus funciones. La sentencia del TAC 5° reclama "una vinculación causal entre la actividad y el servicio", a la que le confiere el calificativo de relevante, "no bastando con la relación obligacional entre las personas". En el mismo sentido el TAC 6° atiende a "una conexión entre el ilícito perpetrado por el dependiente y su relación de trabajo"⁴⁰.

El criterio de la "ocasionalidad" se erige sobre este concepto: basta "con que la función haya generado la oportunidad de tiempo y lugar en el cual el dependiente causó el daño"⁴¹. "No resulta necesario examinar si el dependiente actúa dentro de sus funciones, sino si el evento dañoso se vincula a estas por un nexo de ocasionalidad necesaria y entonces poco importa que se haya actuado fuera de los límites del encargo señala Gamarra"⁴². Ordoqui adiciona en su apoyo el art. 25 de la Constitución "que hace que el funcionario responda por los daños que sus funcionarios causen en el ejercicio de la función o en ocasión de su ejercicio", agregando que la citada norma "utiliza un criterio amplio de dependencia"⁴³. Este fue el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia en el caso del funcionario del Banco de Seguros del Estado (de

³⁵ Venturini-Tabakián, cit. p.253.

³⁶ Calvo Costa, Responsabilidad por el hecho del dependiente, www.calvocosta.com.ar.

³⁷ Sentencia del 6/5/2009 cit. Por Solé, p.105.

³⁸ Tratado de derecho administrativo, 4ª.ed. t. I p. 644, Montevideo 1974. Cfr. al criterio del acto personal la sentencia del TAC 4°. No. 72/99. En contra de la aplicación del acto personalísimo véase TAC 5°. ADCU t. XXVIII c.943.

³⁹ Flores Dapkevicius, La responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios públicos, en Uruguay LJU 144. En este caso el autor se refiere al Estado como empleador.

⁴⁰ Según fuera indicado al comienzo de este trabajo, la víctima o el dañado debe probar la existencia de la relación de dependencia, la conducta ilícita culpable del dependiente y la relación causal entre la actividad y el daño.

⁴¹ Ordoqui, G. Responsabilidad civil por actos de dependientes y auxiliares, en Estudios de derecho jurisprudencial, Montevideo. 1997 p.97.

⁴² Gamarra, J. Lo nuevo y lo viejo, cit. p.735.

⁴³ Ordoqui, p.97 y 98.

Salto) quien, con la finalidad de cobrar un seguro de vida, contrató a un sicario que dio muerte a un peón de campo; para ello facilitó la obtención del seguro de vida y desde dentro de la Institución logró la aprobación de la póliza. En la instancia anterior el TAC 5º había rechazado la responsabilidad del Banco, sosteniendo que "el hecho de haber completado datos faltantes y facilitar la aprobación de la póliza **no fue suficiente para considerar que el daño muerte fue causado por el funcionario en ejercicio de su función o en ocasión del mismo**"⁴⁴.

La citada función integrativa "desde la Constitución" pretende ampliar la esfera de aplicación del art. 1324 inc.5 del CC, comprendiendo no solo la responsabilidad directa del dependiente e indirecta del garante respecto a hechos del primero en el servicio o ejercicio de las funciones que está prestando, sino también en ocasión del mismo. Aunque corresponde aclarar que la disposición constitucional alude a que el hecho ilícito-dañoso del dependiente se lleve a cabo en oportunidad que está ejercitando sus funciones y también en ocasión del ejercicio de las mismas. O sea, que excluye todos aquellos actos que se realizan fuera del ejercicio de las funciones. Por ej. si ocurrió antes o después del horario de trabajo no sería en "ocasión de ese ejercicio"; si se produjo en un lugar extraño al lugar de trabajo y situaciones similares.

Por tanto, queda fuera -a mi juicio- que el daño se haya realizado "a consecuencia" del ejercicio de las funciones, en virtud que no sólo resultaría ajeno al concepto regulado por el Código Civil sino incluso al previsto por el art. 25 de la Constitución. Estimo que éste - tal vez fue el criterio que consideró la Sala de 5º Turno al referirse a que los actos de dependiente que determinen la responsabilidad vicaria, son aquellos vinculados al "sector de vida comprendido dentro del servicio", lo que "no puede extremarse la flexibilidad de los conceptos

de dependencia" haciendo ingresar conductas del dependiente llevadas a cabo fuera del servicio. Mazeaud-Chabas citan en ese sentido una sentencia de Casación en asamblea plenaria, donde se alude a la que la interioridad a la función es una condición de la responsabilidad del patrono (en cambio) la exterioridad debería ser una condición suficiente para su exoneración⁴⁵.

El concepto de ocasionalidad en el ejercicio de las funciones debe ser necesariamente delimitado, de manera de mantener la existencia de un nexo causal entre la actividad ilícito-culposa del dependiente y el daño, pues de otra forma pasaríamos a evadirnos del campo causal y abordaríamos, como indica el Prof. Gamarra, la teoría de la "conditio sine qua non" (equivalencia de las condiciones) que admite todos los antecedentes del evento dañoso (causa, ocasión, condición) que si bien el maestro parece aceptar con la teoría de la ocasionalidad⁴⁶ (versión ultra rigurosa del nexo casual al decir de Monateri)⁴⁷ a mi juicio no resulta aplicable a nuestro régimen civil que adopta la teoría de la causalidad adecuada⁴⁸.

⁴⁵ Mazeaud, H-Mazeaud, J-Chabas, F. Lecons de droit civil, 9ª.ed. t. II vol I Obligations, Théorie générale, Paris 1998, p. 527 y 528. Aluden a una sentencia dictada el 15/11/1985 criterio éste que luego fue modificado por el de la ocasionalidad en sentencia de 19/5/1988.

⁴⁶ Gamarra, p. 278. A mi juicio, el maestro realiza al pasar un cuestionamiento a la teoría de la ocasionalidad atento a que su postura es favorable a la causalidad adecuada. Monateri sostiene - hablando de la ocasionalidad necesaria- que en este caso se aplica la más rigurosa teoría de la causalidad, la *conditio sine qua non*. Le fonti delle obbligazioni, La responsabilità civile Torino 1998 p. 997

⁴⁷ Monateri, p.998

⁴⁸ Como enseñan los Profesores Jorge Gamarra y Jorge Luis Gamarra, hay que separar las causas de las ocasiones (condiciones) entre los distintos antecedentes del evento dañoso (que es su consecuencia). La causa es el antecedente que produce el evento, "mientras que la condición y la ocasión permiten que opere la causa eficiente, pero no causan el daño". (Gamarra, Jorge Luis Responsabilidad extracontractual, Montevideo 2007 p.45). La causalidad - sostienen con razón los prestigiosos autores- es un instrumento de selección de las acciones y la "conditio sine qua non" o teoría de la equivalencia de las condiciones, "obliga a tener en cuenta todos los antecedentes lejanos convirtiendo en infinito el número de causas" (Gamarra, Jorge TDCU t. XIX p.314 y 325 y Gamarra, Jorge Luis, cit. p.44). Cfr. Sentencia SCJ en ADCU t. XXXI c.930. Ver

⁴⁴ Ver el análisis de este hecho y de otros como el caso Delli Santi contra Sagrada Familia y el caso Manzanares en el trabajo de las Profesores Beatriz Venturini y Marcela Tabakián, Responsabilidad por hecho ajeno del Estado. Ocasionalidad necesaria y legitimación pasiva del funcionario público por daños causados a terceros en ejercicio o en ocasión de la función, en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, t. I ps. 251 y ss.

Alpa se afilia a la relación de ocasionalidad necesaria, rechazando el nexo de causalidad⁴⁹, lo que a mi juicio no resulta aplicable al régimen de derecho positivo uruguayo y a la interpretación que en tal sentido ha destacado la jurisprudencia citada en este trabajo. En tal sentido se pronuncia Calvo Costa considerando que "solo deberá responder el principal por el daño ocasionado por su dependiente cuando el daño esté en relación adecuada con la función encomendada"⁵⁰.

e. La relación de dependencia económica.

Para la teoría de la ocasionalidad prácticamente lo único que importa es la existencia de una relación de dependencia económica que engloba a la subordinación jurídica, según fue examinado, siendo éste el único requisito determinante, al punto que "si el autor del daño no hubiera sido dependiente el daño no se habría cometido"⁵¹. Ahora bien, ¿las situaciones analizadas por las sentencias que se han citado en este trabajo, ponen en tela de juicio la dependencia económica entre el empleador o el agente económicamente dominante y el

empleado o agente económicamente dominado? La pregunta puede resultar importante porque, a mi juicio, la dependencia económica no implica una situación de estabilidad del dependiente respecto al empleador, en virtud que puede ser temporaria o esporádica u ocasional (en el sentido de tiempo). ¿El dependiente se encuentra en relación de dependencia económica cuando comete el daño a través de un acto personalísimo o en base a un interés objetivo y constatable, o fuera del ámbito de sus funciones? Porque se entiende que cuando lo hace se presume que el resultado económico de su actuar va dirigido a la empresa o a su empleador, atento al axioma clásico que éste debe asumir tanto los beneficios como las desventajas (*cuis commoda eius et incommoda*). Se trata de una explicación económica que repercute en la situación jurídica particular. Pero ni el acto personalísimo, ni el ajeno a las funciones o aquel por el cual el dependiente busca su exclusivo beneficio, ninguno de ellos tiene de generar una utilidad o ventaja económica al empleador, por lo que entonces el brocardo antes mencionado no resulta aplicable en tales situaciones porque el empleador solo recibiría desventajas y ninguna utilidad a cambio.

La doctrina insiste en este argumento indicando "que el fundamento de que sea el empleador el que asuma el daño causado a la víctima, "...se produce en última instancia, un proceso de socialización del daño, porque la suma que pueda significar la reparación, en la práctica, tarde o temprano es puesta a cargo de los consumidores de los productos o servicios de las empresas o industrias, por la simple vía que consiste más que en incrementar los precios de tales servicios"⁵². Esta explicación no me parece atendible ni realista en nuestro país, atento a que, a una pequeña o mediana empresa le puede llegar a resultar imposible asumir los costos de un perjuicio que deba cubrir por un hecho dañoso causado por su dependiente.

Con más razón en aquellos establecimientos que están regulados por precios tarifados donde el margen de beneficios resulta escaso, no admitiéndose el aumento de precios con el fin de trasladar ese costo a terceros. Asumir el

ampliamente el tratamiento de la causa en la jurisprudencia en un trabajo de Beatriz Venturini, Panorama de jurisprudencia sobre el nexo de causalidad. Diez años de jurisprudencia sobre relación de causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, e Doctrina y Jurisprudencia de derecho civil, t. IV ps.265 y ss.

⁴⁹ Alpa, G. *Manuale de diritto privato*, 7ª.ed. Milano 2011 p.830.

⁵⁰ Calvo Costa, C. página cit. Bueres, A. El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, en *Revista de Derecho de Daños*, 2003-1, Santa Fe, 2003, ps. 7 a10 40 a 46.

⁵¹ En virtud de esta posición se responde por el solo hecho de ser dependiente lo que a mi juicio desencadenan varias consecuencias: (i) se altera el régimen legal dispuesto de la imputación por culpa del dependiente, responsable directo del hecho dañoso (art. 1319) (ni culpa subjetiva, ni normativa ni social); (ii) en puridad resulta intrascendente la conducta del dependiente, pues basta la sólo existencia personal del mismo, o sea, existiendo dependiente opera la garantía sin importar la imputación por culpa ni su directa responsabilidad en el evento; (iii) el patrono pasa a responder por haber asumido el riesgo de contratar a un trabajador, o sea del riesgo provecho; en tal caso, parece más bien que no opera la garantía por un hecho ajeno, sino la responsabilidad directa del patrono por riesgo empresarial. Además corresponde considerar la sub-dependencia, la dependencia alternativa (con varios empleadores) y la dependencia aparente.

⁵² Ordoqui, G. La reparación por acto del dependiente emergente del art. 1324 inc.5 en ADCU t. II p. 135.

pago de ese perjuicio le puede generar una situación de extrema dificultad económica o financiera al comerciante, pudiendo incluso llegar al extremo de solicitar el concurso o la clausura de una pequeña empresa. Tal vez esta particularidad no tenga incidencia en países como Italia, Francia o España con otro nivel de economía y en los que prima el criterio de la ocasionalidad necesaria. Pero estimo que no resulta trasladable a nuestra disminuída economía y menos a pequeñas y medianas empresas que intentan sobrevivir a los avatares de las cargas estatales impuestas, el mercado reducido y al escaso margen de utilidad.

f. Conocimiento de la víctima respecto al abuso de funciones. Corresponde preguntarnos si el empleador es responsable cuando la víctima conoce que el dependiente está actuando fuera del ámbito de sus funciones, por intereses personales, es decir con abuso de funciones. Aquí se pone en juego a mi juicio dos temas como son la culpa de la víctima (como eximente de responsabilidad) y el consentimiento de la víctima y la aceptación de los riesgos (causa de justificación) que pueden aplicarse como concausas con el hecho del dependiente o como causa exclusiva de la víctima, con la consiguiente exoneración del empleador⁵³. De donde se sigue a mi juicio que en esta situación - cualquiera sea el fundamento utilizado - el empleador no puede asumir la responsabilidad que se le pretenda imputar.

5. CONCLUSIONES

a) El tema del abuso de funciones confrontado con la ocasionalidad necesaria, se vuelve a plantear en este trabajo a través de fundadas sentencias que demuestran que el tema no ha quedado zanjado.

b) La mayoría de la jurisprudencia uruguaya modificó su criterio a partir de los trabajos

doctrinarios del Prof. Gamarra, tornando relevante la teoría de la ocasionalidad en perjuicio del abuso de funciones, a partir de la cual se confiere mayor protección a la víctima que ha sufrido un daño causado por un dependiente no solo en el ejercicio de sus funciones sino en ocasión de las mismas.

c) No obstante, en los últimos años se observan cambios relevantes por parte de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, que tienden a limitar la expansión desmedida de la aplicación concreta de la ocasionalidad, al punto de observarla como ajena a la legalidad dispuesta por el art. 1324 num. 5, como injusta en la situación particular que les toca decidir, no guardando coherencia con el principio de razonabilidad al que debe adecuarse a toda decisión jurisdiccional.

d) De esta manera, se vuelve a instalar un análisis sobre puntos que aparecían como superados, tales como el interés subjetivo y objetivo de la empresa; el ámbito donde se produce el daño; los actos personales o personalísimos del dependiente; la relación causal adecuada por un lado y por otro el supuesto nexo de ocasionalidad vinculado con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Finalmente, un punto de inflexión que atañe al vínculo de dependencia formal o sustancial (económico) y su incidencia en la responsabilidad del garante.

e) La aplicación de la ocasionalidad en los países desarrollados, puede justificarse económicamente, atento a que resulta posible trasladar el costo de los daños que asume la empresa por hechos de sus dependientes. Pero esa situación no repercute de igual manera cuando se pretende aplicar a la situación económica de las empresas en nuestro país, en las que, la asunción del citado costo puede determinar la inviabilidad económica de una pequeña o mediana empresa.

⁵³ Ver ampliamente Gamarra, Tratado de derecho civil uruguayo, t. XIX ps. 225 y ss. y 331 y ss.