

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR HECHO DOLOSO DEL DEPENDIENTE. EL DESBORDE DEL CRITERIO DE LA OCASIONALIDAD (CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TAC 3° N° 121/2021 DE 30/06/21)¹

ELÍAS MANTERO MAURI - ALEJANDRO SANTI ESTEFAN

1. Encuadre

El caso jurisprudencial que se comenta en este trabajo (Sent. del TAC 3° N° 121/2021 de 30/06/21) refiere a un supuesto de responsabilidad por hecho del dependiente; más concretamente, sobre la responsabilidad de una empresa por la comisión de un delito civil (y penal) de un empleado que causó daños.

La responsabilidad por el hecho del dependiente, instituto que se ubica en sede de responsabilidad extracontractual es, según la doctrina y jurisprudencia dominante, indirecta (por hecho ajeno) y consecuentemente de carácter objetivo. Existe en primer lugar un responsable directo, autor del daño, pero el artículo 1324 Código Civil coloca junto a él a un segundo deudor (el llamado “responsable por hecho ajeno”), con la finalidad de acordar a la víctima mayor protección y posibilidades de reparación. Se trata de una responsabilidad no vinculada al comportamiento, ya que quien está situado en posición de responsable indirecto responde por el accionar ajeno independientemente del propio. En otras palabras, dado que no se es responsable por la propia conducta, la cual resulta indiferente, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad vicaria, esto es, objetiva, de la que sólo será posible exonerarse en caso de ausencia de responsabilidad directa del dependiente ².

¹ Se aclara que los autores del presente fueron los abogados de la empresa demandada en el caso que se comenta. En el momento que se formula este comentario la sentencia ya se encuentra ejecutoriada.

² Esta es la tesis universalmente admitida en la actualidad tanto en doctrina como en jurisprudencia. La tesis de la responsabilidad objetiva del patrono en Uruguay se basa en los desarrollos de Peirano Facio (*Responsabilidad Extracontractual*, La Ley, Bs. As., 2010, p. 668) seguidos por Gama-

El caso analizado importa en referencia al problema del alcance del supuesto de hecho que da lugar a la propagación de la responsabilidad hacia la empresa, que según el art. 1324 inciso 5 requiere que los daños se produzcan por los dependientes “*en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados*”. Se debe determinar si la empresa responde cuando el dependiente abusa de sus funciones en un supuesto de actuación dolosa no vinculada con sus tareas; lo que convoca el concepto de “ocasionalidad” que más adelante desarrollaremos.

Existen en derecho comparado tres diferentes enfoques sobre el problema del abuso de funciones.

rra (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XX, 2ª. ed, ampliada y actualizada, FCU, Montevideo, 2003, pp. 171 a 182). El anclaje normativo de esta tesis radica en conectar el art. 1324 del Código Civil, ámbito de la responsabilidad por el hecho del dependiente (que en su tenor literal exige la culpa, aunque la presume), con el art. 1326 que acuerda acción de regreso del patrón contra el dependiente, por lo que haya pagado. Se argumenta que si el patrón tiene una acción de regreso es porque la culpa es ajena a su régimen de responsabilidad. Si la culpa del patrón (*in eligendo* o *in vigilando*) estuviera en juego, no podrá repetir en una acción basada en su propia culpa. Sin embargo, es de destaque la posición que recientemente ha aportado el joven y prometedor docente Aparicio Howard, quien manifiesta que no hay contradicción entre considerar la culpa del patrono y concederle un regreso; es decir, entre un régimen de responsabilidad subjetiva de la empresa y un reembolso. Ello porque las normas permiten hacer la lectura de que el legislador consagró un régimen por el cual quien fue responsable inmediato (el empleado) debe soportar al final del día todo el costo de la indemnización, aunque haya habido culpa del patrono al elegirlo o vigilarlo, en un régimen especial (La responsabilidad civil de los padres (*Necesaria revisión del fundamento de su responsabilidad*. Rev. DJC, año VIII, 2020, pp. 171-173).

La primera perspectiva, que es la más rigurosa, solamente activa la responsabilidad de la empresa, cuando el dependiente actúa dentro del ámbito de las funciones, cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones recibidas. De modo tal que cualquier actuación fuera de las instrucciones excluye la responsabilidad del empleador. Esta perspectiva no es seguida por sistema que se conozca, por ser extrema.

El segundo modelo es el seguido en Reino Unido, Alemania y Suiza, en el que se hace responsable a la empresa aun cuando el empleado haya extralimitado las instrucciones. Solamente se exige que el dependiente haya actuado dentro del ámbito objetivo de las funciones, es decir, en relación a las tareas, aunque las haya ejecutado mal. Porque se entiende que desempeñar mal las funciones es en sustancia una manera de cumplirlas.

El tercer criterio es el predominantemente en España, Francia e Italia, según el

Coadyuvando con esta tesis podemos agregar que el error en la elección o la falta de vigilancia del dependiente por parte del patrono no enerva que el empleado haya incumplido sus deberes funcionales al provocar daños a terceros en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. Por tanto perfectamente se puede interpretar que cuando el art. 1326 del Código Civil le concede al patrón un regreso contra el dependiente lo hace con fundamento en un incumplimiento del contrato de trabajo que existe más allá de si la empresa eligió o vigiló mal a su empleado. Es por eso que el art. 1326 excluye el regreso cuando el daño se produce por el dependiente cumpliendo una orden o con conocimiento de la empresa, pues en ese caso no hay incumplimiento del contrato de trabajo, sino más bien cumplimiento de los deberes funcionales. Mientras que si ello no es así, el art. 1326 habla de que las empresas "tienen derecho a ser indemnizadas" por el dependiente autor inmediato del daño. Y las empresas tienen derecho a ser indemnizadas porque la conducta dañosa del dependiente configuró un incumplimiento del contrato de trabajo que le produjo a la empresa el menoscabo económico representado por el resarcimiento que tuvo que pagar a la víctima. En definitiva, lo que está consagrando el art. 1326 es un caso de responsabilidad contractual del empleado frente a su co contratante el empleador, por un incumplimiento del primero. Y ello es perfectamente compatible con un régimen de responsabilidad subjetiva de la empresa frente a la víctima. Es decir, la acción de regreso del art. 1326, contra lo que opinan Peirano Facio y Gamarra, no contradice la idea de que el empleador responda frente a la víctima bajo un régimen de culpa, que en el caso sería culpa *in vigilando* o *in eligendo*

cual la responsabilidad del principal se extiende a supuestos en los que el dependiente haya causado el daño incluso por fuera de las funciones, pero en ocasión de éstas, con dificultades para definir a priori cuáles son los límites de este concepto.^{3 4} Uno de los problemas que precisamente se plantean bajo esta tesis es qué hacer con los ilícitos dolosos no motivados en el trabajo. Así por ejemplo, en España en una sonada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2007 (STS 6171/2007)⁵ se negó la condena al empleador, por considerar la actuación del empleado dolosa y no motivada en el trabajo. Los hechos fueron que un jugador de basquetbol que estaba retirándose de una concentración de su equipo (Club Breogán) fue compelido por un empleado de la recepción del hotel donde se llevaba a cabo la concentración organizada por el club empleador, a que el jugador pagara la cuenta de las llamadas telefónicas que había hecho desde la habitación. El deportista perdió la cordura y golpeó al empleado del hotel, lesionándolo.

En Argentina, Pizzarro y Vallespinos aceptan el criterio de la ocasionalidad⁶ pero

³ Por todo lo anterior: Solé Feliu, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Edit. Reus, Madrid, 2012, pp. 93 y ss.

⁴ En Francia, si bien se afirma nominalmente en la jurisprudencia que el abuso de funciones excluye la responsabilidad del principal (mediante la fórmula de la Asamblea Plenaria de la Casación en sentencia de 19 de mayo de 1988: "el mandante solo se exonera de su responsabilidad si su dependiente actuó fuera de sus funciones pero las cuales fue empleado, sin autorización, a fines ajenos a sus atribuciones"), luego en los hechos son escasísimos los casos donde se entiende que existe un "rebasamiento objetivo de funciones". Así por ej. nunca se entiende que esto sucede cuando el dependiente produce el daño durante sus horarios de trabajo (Ver por toda esta información: Brun Philippe, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, traducción Cynthia Telles y Eduardo Cardenas, Instituto Pacífico, Breña-Perú, 2015, pp. 387 y ss).

⁵ Ver Diez-Picazo, Giménez, Gema y Arana de la Fuente, Isabel; *El desbordamiento del Derecho de Daños. Jurisprudencia reciente*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 227 a 232.

⁶ El actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina, responsabiliza al principal "cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas" (art. 1753).

inmediatamente advierten que configura una corriente extrema aceptar la responsabilidad de la empresa cuando la función es una mera condición del daño. Así, dicen que no parece razonable que el principal deba responder cuando la función es un mero elemento favorecedor o facilitante de acto dañoso ni tampoco cuando existe una simple coetaneidad entre la función y el daño⁷. Al tiempo que Ubiría señala que no existe causalidad razonable si “un chofer de colectivo, aun valiéndose del recorrido habitual impuesto por el principal, detiene su marcha para comprar cigarrillos y hiere al kiosquero que le entregó mal el vuelto”⁸

2. El caso

El 11 de marzo de 2015 el señor M, empleado, camionero de una empresa de transporte, condujo un camión a los efectos de llevar una carga desde un establecimiento en Villa Rodríguez hacia otro en Montevideo. Esa era la tarea indicada por la empresa. Se trataba de un trayecto de pocos kilómetros y por tanto no estaba previsto ni indicado por la empresa que el señor M detuviera el camión en el camino a ningún efecto. Debía hacer un trayecto de apenas unos 75 km que se pueden recorrer en una hora.

Sin embargo, en el medio del trayecto detuvo la marcha, descendió del camión para comprar un refresco en un comercio, estacionando en infracción sobre la salida de vehículos de un garaje. Ello le fue recriminado por el dueño de casa que pretendía sacar su automóvil para ir rumbo al trabajo. Entonces el señor M mantuvo un altercado con la otra persona, asestándole un golpe con la botella de refresco (de vidrio), lo que le ocasionó a la víctima la lesión de un ojo, con pérdida parcial de la vista. El señor M fue procesado penalmente por un delito de lesiones graves.

El lesionado demandó a la empresa por responsabilidad por hecho del dependiente.

⁷ Pizzarro, Daniel y Vallespinos Carlos, *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018, pp. 162-163.

⁸ Ubiría, Fernando, *Derecho Civil. 2 Daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 385

3. La sentencia

La sentencia del Tribunal de Apelaciones confirmó la condena de primera instancia. La confirmatoria se basó en la aplicabilidad al caso del concepto de ocasionalidad. El patrono responde por los hechos dañosos protagonizados por el empleado, vía art. 1324 Código Civil, cuando los mismos se producen en ocasión del trabajo, concepto sobre el que volveremos más abajo.

Desconsideró el Tribunal que el hecho ilícito se practicó por fuera de las funciones del empleado, en el marco de una gestión personal y con dolo, que dio lugar también a su persecución penal.

Dijo el Tribunal: *“En el caso, resulta admitido que el camión era utilizado por el dependiente para el cumplimiento de una tarea habitual de éste. El hecho que se detuviera a comprar un refresco por un corto lapso, no interrumpe ni quiebra la relación de ocasionalidad entre el evento dañoso y la función que habitualmente cumplía el chofer habitual. Aunque éste cumpliera imperfectamente el encargo y el deber de vigilancia del camión, que había asumido como parte de sus tareas, ello no enerva la consideración de que el vínculo de dependencia entre la recurrente y el chofer habitual fundamente la atribución de responsabilidad efectuada por la a quo (art. 1.324 nal. 5 del CC).*

Dicha vinculación brindó al conductor implicado “la ocasión y el medio para cometer el acto ilícito. En suma: Para determinar la ocasionalidad del ejercicio de la función pública con relevancia causal para la producción del hecho dañoso y virtualizar la responsabilidad vicaria del patrón por hecho de sus dependientes, es dable recurrir a los criterios amplios postulados por la moderna doctrina civil (cf. Gamarra, Jorge, T.D.C.U. T. XXIV, 1era. Ed. pp. 180-181), que sustenta la teoría extensiva por la que basta que la función sea la ocasión que haya hecho posible, facilitado o favorecido el hecho dañoso, para que pueda imputarse la responsabilidad del patrón....

En definitiva, el criterio de ocasionalidad, permite asimismo, el abuso de funciones ya que éste concretándose en la utilización dependiente (en la situación específica el Sr. M, empleado de S. S.A.) hace de la fun-

ción, o de los medios o instrumentos por ésta proporcionados, para satisfacer sus fines personales, nunca está desvinculado de la misma. Se entiende con Gamarra (op. cit. p. 190) que el acto abusivo no es un acto independiente o ajeno a la función puesto que el empleado está utilizando la función para sus fines personales. Por consiguiente, y ateniéndose a un criterio de casualidad material es un acto de ejercicio del encargo, por lo que el empleador es responsable por esos actos, aunque sean dolosos o motivados en los intereses particulares del dependiente, permanecen siempre vinculados a las funciones (Cfm. Sentencia de la SCJ, N° 1255/2011)."

4. Comentario

a. Presentación

En la Sentencia se siguió el criterio llamado de la "ocasionalidad necesaria" para responsabilizar a la empleadora, por los actos del señor M, aunque los mismos sean absolutamente ajenos a la relación laboral.

Dice al respecto Gamarra, convocado por la Sentencia: *"basta que la función sea la ocasión que haya hecho posible, facilitado o favorecido el hecho dañoso. Se entiende que el daño está ocasionado por la función cuando el dependiente utiliza los medios puesto a su disposición por 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 une al patrón o no resulta independiente de ésta"*.⁹ Y en cuanto a los actos abusivos, como por ejemplo los delitos cometidos por el empleado, dice Gamarra que son actos que *"por definición pertenecen al ejercicio de la función, en cuanto ésta es siempre la ocasión necesaria para que el mismo se verifique. Dicho con otras palabras: nunca es un acto independiente o ajeno a la función, porque sigue estando vinculado o es conexo a la misma"*.¹⁰

En definitiva, según este criterio seguido en la Sentencia, basta para que haya oca-

sionalidad y por tanto responsabilidad del patrón, que el empleado cometa un ilícito mientras está en horario de trabajo, aunque esté haciendo cosas ajenas al trabajo, o incluso, si es fuera del horario laboral, cuando usa medios o cosas para cometer el daño que el empleador le ha dado para el trabajo (vehículos, armas, etc.). Y en ambos supuestos se activa la responsabilidad aun si el ilícito lo comete con dolo, por motivos personales ajenos a la empresa y es un delito penal.

Es de reconocer que ese criterio es el que ha dominado en general la resolución de este tipo de casos en Uruguay, como da cuenta la versión abreviada del Tratado de Derecho Civil Uruguayo del Maestro Gamarra, preparada por Jorge Luis Gamarra.¹¹ Sin embargo, no han faltado fallos más actuales donde los Tribunales de Apelaciones se apartan de ese criterio y excluyen la responsabilidad del patrón por hecho del dependiente en supuestos de actos dañosos no vinculados con las tareas y dolosos. Más abajo haremos referencia concreta a estos antecedentes.

Entendemos que las especiales características del caso de marras y la nueva aplicación del derecho que realiza la más reciente jurisprudencia, determinan la improcedencia de la condena despachada en base al llamado criterio de la "ocasionalidad". Consideramos que no basta que el agresor esté en horario de trabajo para responsabilizar a la empresa, si el hecho ilícito protagonizado por él es absolutamente ajeno a la órbita de la empresa y al trabajo y dice relación con una decisión propia, motivada por razones personales, en la que la empresa ninguna participación le cupo y de la que la empresa ningún beneficio recibe. Un delito cometido por un trabajador en horario de trabajo, por un móvil que no dice relación con la actividad de la empresa no puede servir de base para una condena a la empresa, que es ajena a esa actividad delictual.

De lo contrario las empresas serían una suerte de garantes de cualquier conducta humana de un empleado, lo que contraviene hasta el propio fundamento político (factor

⁹ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XX, 2ª. ed. ampliada, actualizada con modificaciones, FCU, Montevideo 2003, pp. 277 y 278.

¹⁰ Ob. cit. p. 284.

¹¹ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Versión abreviada y actualizada, tomo III, FCU, Montevideo, 2012, pp. 138 a 142.

de atribución objetivo) de la responsabilidad por el hecho del dependiente. La empresa por contratar un camionero no ha creado en la sociedad ningún riesgo adicional vinculado a que el mismo tenga problemas de carácter y decida golpear a la gente. El riesgo de que alguien sea violento existe en la sociedad más allá de donde sea dependiente.

Seguidamente, argumentaremos por qué en el caso concreto debió aplicarse la jurisprudencia que se ha abierto camino y ha abandonado el criterio de la ocasionalidad necesaria para casos de hechos dolosos ajenos al trabajo.

b. Análisis

b.1 La condena a la empresa en caso de delitos cometidos por los dependientes traiciona el fundamento político de la responsabilidad vicaria ("riesgo provecho")

A nuestro entender, el caso no ingresa en los supuestos de la responsabilidad civil por hecho del dependiente (art. 1324 Código Civil), porque la actuación del empleado no fue ni en ejercicio del trabajo ni en ocasión del mismo, ni a través de medios proporcionados por la empresa. Decir que hay ocasionalidad, para reconocer responsabilidad del patrón por hecho del dependiente, exclusivamente porque el hecho lo protagonizó un empleado, en horario de trabajo, sin ninguna otra valoración, es un recurso retórico que en realidad encubre la idea de que el empleador debe siempre, ciegamente, responder.

Ello resulta contrario al tenor literal del art. 1324 inc. 5 Código Civil, Por más amplia que sea la lectura que se le dé, de seguro algo quiere decir cuando refiere a los daños "en el servicio de los ramos en que los estuviesen empleados"; lo que supone que hay daños que provocan los empleados, pero por no estar en el servicio, no hay responsabilidad del patrón. Si el trabajador actúa en su esfera privada, en su interés, sin vinculación objetiva alguna con el trabajo, no puede reconocerse responsabilidad del patrón.

Es evidente, que en el caso M estaba actuando en su esfera privada y no en ejecución de servicios para la empresa. No estaba materialmente trabajando, en funciones de transporte de la carga, al momento del altercado, estaba en ocasión de una gestión

personal y tomó una decisión (actuación con dolo) por motivos personales, no laborales. Aunque estuviera en horario de trabajo, su personalidad no queda anulada por ello.

El caso es análogo al siguiente: supóngase que un empleado de una librería debe hacer gestiones personales y pide permiso para reiterarse unos minutos o se retira sin avisar para hacer esas gestiones. Al salir el empleado comete un homicidio con un arma de fuego adquirida por él. Luego vuelve al trabajo. ¿Sería razonable responsabilizar civilmente al dueño de la librería por los daños causados a la familia de la víctima del homicidio? La respuesta negativa se impone.

Con razón expresa Barros Bourie en Chile que el concepto "con ocasión de las funciones puede conducir a resultados absurdos, porque una cosa es desviarse de la función y otra distinta es que el dependiente emprenda una acción por su cuenta, fuera del control posible y encargo del empleador"¹². La sentencia en comentario alcanzó ese resultado absurdo por una aplicación extrema del criterio de la "ocasionalidad".

En esa línea, una sentencia argentina de la Cámara Nacional Civil, sala A, 16-11-2000, dijo que el principal no debe responder por el hecho ilícito del dependiente cometido en una ocasión por completo ajena a la labor específica de cualquier empleado y sin utilizar elementos imprescindibles para el cumplimiento del desempeño laboral. Se trata del caso de un empleado que incendió intencionalmente la casa de una persona. Indicó la Sala que "El principal no es responsable por el hecho ilícito del dependiente que guarda una vinculación meramente extrínseca y accidental con el empleo desempeñado"¹³.

En Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno de 28 de agosto de 2013¹⁴, se descartó la responsabilidad exactamente por las mismas razones que se sostienen en este trabajo. Como señala La-

¹² Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 187.

¹³ Citada por Pizzaro-Vallespinos, ob. cit., p. 164. Nota 171.

¹⁴ Citada por Luis Larrañaga en *Hecho del dependiente: abuso de funciones y ocasionalidad necesaria* (DJC tomo VI, p. 184)

rrañaga, parafraseando al Tribunal: *“Una persona reclamó daños y perjuicios causados por la agresión sufrida por empleados de un comercio en la oportunidad en la 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 esto 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 ocurren en el horario de trabajo (aunque fuera del local comercial) ‘no son suficientes para surja la responsabilidad del empleador en base en el art. 1324.’ Agrega la Sala que ‘la falta de conexión entre la agresión sufrida y un acto u hecho vinculado con el trabajo desempeñado por los dependientes permite concluir de que se trata de un acto personalísimo que como tal es totalmente ajeno a la relación de dependencia...no todo acto del dependiente compromete la responsabilidad de su empleador, ya que pueden haber actos que evidencien ajenidad 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”*.

No se puede llegar a conclusiones que traicionen el fundamento mismo de la existencia de la responsabilidad vicaria del art. 1324 Código Civil. Este fundamento, como se tiene pacíficamente admitido, es el factor de atribución “riesgo-provecho” o “riesgo-beneficio”. Esto es, la justificación de cargar sobre la empresa los daños causados por sus dependientes en razón de desarrollar una actividad que genera ganancias a expensas de aumentar las instancias de daños en la sociedad. Esto lo ha visto muy bien Giovanna Visintini, quien sostiene que al concepto de servicios o funciones, *incombenze a cui sono adibiti*, términos que emplea el art. 2049 del Código Civil italiano, se le debe atribuir “un

significado que concuerde con el fundamento de esta responsabilidad [...] Es decir, se deben individualizar los daños que son expresión del mayor riesgo que determinadas actividades introducen en la sociedad, y distinguirlos de los daños que son expresión de riesgos completamente independientes de la existencia de la empresa en la que el dependiente desempeña esa actividad”.¹⁵

Y jurisprudencia reciente uruguaya, que apoyamos en este trabajo, se ha orientado en esa misma línea; en el sentido de requerir una conexión efectiva entre el ilícito del empleado y la relación de trabajo. En el mencionado artículo del Prof. Larrañaga se convoca además de la sentencia de TAC 6° ya citada otras de los TAC 2, 4, 5, 6 y 7. De ellas transcribiremos una que condensa el criterio correcto (TAC 5 Sent. de 24/10/2005 ADCU T XXXVI c. 974): *“Aun con criterio amplio en la consideración del tema, tendiente a considerar atribuible al régimen de responsabilidad por 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 respecto de los ramos en que estuvieran empleados. 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 ... 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*

¹⁵ *Tratado de la Responsabilidad Civil 2. El daño. Otros criterios de imputación*, traducción de Kemelmajer de Carlucci, Aída, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp.341 y 342.

la responsabilidad de su garante... 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 conductas causalmente ligadas al servicio, o, indica la ley, en el servicio de los ramos en que los tuviese empleados... 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 amplio que lleve a comprender toda actividad o inactividad en el servicio sin que ninguna quede fuera del mismo”.

En el caso, los hechos protagonizados por M, obviamente no se conectaban con la actividad empresarial de su patrón, sino con un raptó de ira, en el desarrollo de una actividad propia de su esfera privada e interés personal. No existía entonces fundamento alguno para aplicar la responsabilidad del empleador por hecho del dependiente. Porque el daño provocado por el empleado no se vincula con los riesgos de la actividad empresarial para la sociedad, ni con los beneficios para la empresa. Que una persona pierda sus cabales no es un riesgo para la sociedad introducido por una empresa al desarrollar su actividad económica a través de dependientes. Es un riesgo que está en la sociedad, por el temperamento de las personas que la integran, más allá de que existan empresas que tengan empleados.

No se nos escapan los esfuerzos de la jurisprudencia nacional (incluyendo al Tribunal de la sentencia comentada) por lograr que las víctimas obtengan efectivamente la indemnización de sus perjuicios, pero ello no puede hacerse responsabilizando sin fundamento legal ni razonabilidad. La responsabilidad por hecho del dependiente tiene su fundamento en la protección de la sociedad, para que sus integrantes sean indemnizados por los riesgos incrementales de la actividad empresarial desarrollada a través de depen-

dientes. Pero cuando los daños no se conectan con la generación de riesgos por la actividad empresarial, no puede condenarse al patrón. A la sociedad también le interesa que exista actividad empresarial que desarrolle la economía; entonces achacarle a las empresas el pago de indemnizaciones por daños no vinculados a la actividad empresarial, incide en perjuicio de la sociedad, porque se trata de un incentivo para que el capital en vez de ir a inversiones productivas que dan empleo se destine a la especulación y a lo financiero. Esa dimensión social también debe estar presente en el análisis. Como dice Caffera, una *“definición excesivamente amplia lleva al inmovilismo de las estructuras sociales (por reacción frente al riesgo de propagación de la responsabilidad), mientras que una solución excesivamente estrecha lleva a la injusticia (el verdadero titular de poder sobre la estructura en juego o quien se aprovecha económicamente de la misma queda fuera del radio de la responsabilidad). Este es un equilibrio difícil de resolver, donde todas las apuestas no deberían colocarse en ninguna de las dos chances extremas”*.¹⁶

b.2 Descarte de otras justificaciones

Compartimos con el querido y recordado Maestro Gamarra, quien vio el punto, que no basta identificar que las empresas en general son las que tienen dinero para pagar las condenas, para automáticamente seguir un criterio según el cual siempre tienen que responder (“deep pocket”). Decía el maestro: *“cierto es que con la garantía queda asegurada la protección de las víctimas, pero no hay motivos para atribuirle al empleador el peso de la responsabilidad”*.¹⁷ A partir de allí, Gamarra se dedica a identificar otros fundamentos que justificarían la atribución de responsabilidad al empleador, los que no compartimos.

En primer lugar refiere a la “prevención del daño”. Significa que el empleador está en condiciones de evitar o prevenir los accidentes y que, sabiendo que podrá ser responsa-

¹⁶ Caffera, Gerardo, *Responsabilidad por hecho del dependiente: Dependencia económica y poder de control en la doctrina y jurisprudencia actual*, en ADCU, tomo XXXIV, ps. 509 y 510

¹⁷ Ob. Cit. p. 206.

bilizado, estará estimulado a prevenirlos. Pero esa idea, a nuestro juicio, no es del todo acertada, porque cuando el dependiente actúa fuera del ejercicio de las funciones, como sucede en caso de comisión de delitos civiles, el principal carece de medios para controlar su actuación. Por ello, al trasladarle la responsabilidad no se genera ningún incentivo que le impulse a adoptar medidas dirigidas a prevenir el daño; conforme se explica en el Restatement (Third) of the Law Agency norteamericano, que exige la actuación "within the scope of employment".¹⁸

Por otra parte, en términos generales, como ha dicho la doctrina que examinó el caso del jugador de basquetbol antes citado, no puede exigirse razonablemente a las empresas un determinado grado de previsión respecto de las reacciones agresivas de sus empleados, tanto más cuando éstas han tenido lugar inopinadamente y al margen de su esfera de organización, dirección, control y ámbito de actividad.¹⁹

En segundo lugar, Gamarra refiere al ya mencionado criterio de imputación objetivo del riesgo-provecho;²⁰ según el cual desde que el empleador recibe el lucro de la actividad empresarial a expensas de incrementar el riesgo de daños dada la utilización de empleados, entonces es justo que soporte la indemnización de los perjuicios que se ocasionen. No compartimos esta idea como razón que justifique la responsabilidad del patrón en los casos donde el empleado actuó sin vinculación alguna con el trabajo y/o con dolo cuyo móvil sea ajeno a la actividad de la empresa. Como ya dijimos con cita de Visintini, esta idea podría políticamente justificar el que el patrono soporte los daños que son expresión del mayor riesgo que determinadas actividades introducen en la sociedad, pero jamás los daños que son expresión de riesgos completamente independientes de la existencia de la empresa en la que el dependiente desempeña esa actividad. Los segundos no son una consecuencia de la actividad empresarial ni tienen conexión con el lucro

empresarial. Sería un evento por el que debe responder el patrón, por ejemplo, cuando el camionero empleado atropella a un peatón, porque el riesgo se incrementó al existir la actividad de transporte en beneficio de la empresa. Pero, que el mismo camionero, decida abandonar sus tareas y en un raptó de ira lastime a un tercero, no ocurre como consecuencia de la actividad empresarial, sino por condicionantes personales del agente, con lo cual la actividad de la empresa no supuso aumento alguno del riesgo, que justifique ponerla en condición de garante.

El tercer argumento de Gamarra²¹ es el que denomina "riesgo de la empresa". La empresa está en mejores condiciones para absorber la indemnización y distribuirla en los precios que paga el consumidor o en las primas del seguro. Esta idea, a nuestro juicio, no es generalizable. Que la empresa pueda distribuir o no el costo de las indemnizaciones en sus precios, depende de cada mercado, de las condiciones concretas de competitividad, de la dimensión y potencia económica de la empresa, de la libertad o no para fijar precios en supuestos de control estatal y de muchos otros factores. Larrañaga ha reaccionado en contra de este criterio y afirma que muchas de las empresas en Uruguay no tienen esa posibilidad y que seguir esa línea conduce al riesgo de volver inviables a las que son pequeñas y medianas.²²

Además, razonando por el absurdo, si la empresa debe responder por cualquier acto doloso de su empleado, incluso aquellos que dañan por montos millonarios, como lo sería por ejemplo un atentado terrorista a infraestructuras ¿qué potencia económica puede tener una empresa normal para poder pagar un seguro que cubra un riesgo de esa dimensión? O mejor ¿qué seguro existe en la vida real que cubra ese tipo de riesgo?

En definitiva, a nuestro modo de ver, no existe una justificación razonable para hacer responder al patrón por daños provocados por sus empleados, fuera de las funciones y con dolo.

¹⁸ Cfm. Solé Feliu, ob. cit., p. 94.

¹⁹ Cfr. Díez-Picazo Giménez y Arana de la Fuente, ob. cit. p. 232.

²⁰ Ob. cit. p. 208.

²¹ Ob. cit. p. 209.

²² Ob. cit. p. 198.

5. Conclusión

El criterio de la ocasionalidad aplicado a supuestos donde el hecho ilícito es cometido sin conexión objetiva con las tareas y con dolo motivado en razones ajenas al trabajo, para condenar al empleador, es inaceptable.

Así aplicado va contra el fundamento político de la responsabilidad vicaria (riesgo-provecho), contra el texto legal del art. 1324 inciso 5 Código Civil y contra el más elemental criterio de justicia y razonabilidad.