

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PATRON POR ACTOS DE SUS DEPENDIENTES EN EL DERECHO BRASILEÑO Y EN EL DERECHO COMPARADO

“Tout dommage accidentellement subi par un individu ou un groupe d'individus, doit, dans une société bien construite, trouver une réparation assurée”.

(René SAVATIER “Les métamorphoses”, 2<sup>a</sup> ed. p. 245).

1. El problema de la responsabilidad civil adquirió, después de la revolución industrial y de la profunda modificación de la psicología humana que datan del siglo pasado, una importancia muy especial.

El desarrollo del maquinismo y la preocupación del hombre moderno de encontrar un responsable para resarcir todos los daños que se causen, hicieron de la responsabilidad civil “el centro de todo el derecho civil”.<sup>1</sup> Pasó a ser un problema “terriblemente perturbador”, que los juristas tratan de resolver con ingenio y finura.<sup>2</sup>

2. El hombre es responsable de los daños causados por sus actos y responsable también por los que ocasionen las personas que se hallen bajo su guarda o vigilancia. En el desarrollo de su actividad, el hombre

---

1 JOSSEERAND, Prefacio al libro de ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles*, p. v, ap. MAZEAUD ET MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2<sup>a</sup> ed. tomo I, p. 16.

2 Sobre la importancia de la responsabilidad civil en la literatura jurídica contemporánea, v. JULIEN BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933, tomo II, p. 106. RIPERT cita cerca de cuarenta tesis de doctorado que versan sobre la materia. V. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>a</sup> ed. 1949, notas de las páginas 204 y 209.

emplea instrumentos y utiliza servicios de otros individuos que, bajo las órdenes y por cuenta del principal, realizan ciertos actos. Existe pues una proyección o prolongación de la personalidad del patrón, a través de la actividad de sus dependientes o encargados.

En la época actual, que podría ser caracterizada como la edad de la empresa, la iniciativa individual es sustituida por la de las sociedades, aumentando considerablemente el número de dependientes debido a la concentración de capitales exigida por la industria moderna.<sup>3</sup>

Por otra parte, el derecho moderno preocupase por la suerte de los económicamente débiles. En el caso de la responsabilidad civil no se mira ya del lado del autor, para averiguar si hubo o no culpa por su parte, sino que se pretende garantizar a la víctima su derecho a la seguridad: "La existencia del derecho a la seguridad de nuestra persona y de nuestros bienes; la obligación correlativa de respetarlos, tal es la base jurídica de la responsabilidad civil", escribe B. STARCK.<sup>4</sup>

Se comprende, pues, la importancia especial que adquiere el problema de la responsabilidad civil del patrón por actos de sus subordinados, en un momento en el cual se multiplica el número de empleados sin solvencia financiera para responder por sus actos, y aumenta simultáneamente la estadística de las víctimas que deben obtener una justa indemnización.

3. En el Brasil, los autores han hecho notar que "sigue siendo tormentosa la cuestión suscitada por ese género de responsabilidad",<sup>5</sup> que es "objeto de controversias",<sup>6</sup> y ha llegado a decir que "ningún otro tema ha promovido mayor discusión en la doctrina y en la jurisprudencia".<sup>7</sup>

3 V. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946 pp. 48 y siguientes. En el mismo sentido, JEAN ESCARRA, EDOUARD ESCARRA ET JEAN RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial — Les sociétés commerciales*, tomo II, Paris, Sirey, 1951, pp. 1 y s.

4 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein Ed., 1947, p. 260. También considera la responsabilidad como garantía de la víctima GEORGES RIPERT (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ª ed., Paris, 1948, p. 309) y RENE SAVATIER (*Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 2ª ed. 1952, p. 258).

5 JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *La responsabilidade civil*, 3ª ed. 2º vol. Ed. Rev. Forense, 1954, p. 537.

6 JOSÉ LUIS SALES, crónica de jurisprudencia en "Rev. For", Vol. 96, p. 213.

7 SILVIO RODRIGUES, *A responsabilidade por ato de terceiro e a função pretoriana da jurisprudência*, en "Rev. dos Trib.", Vol. 238, pp. 26-33.

Es oportuno, por lo tanto, tratar de fijar la posición del derecho brasileño sobre esta materia.

4. Los principios generales de la responsabilidad del patrón por actos de sus empleados, se encuentran en los artículos 1518, 1521, 1522, y 1523 del Código Civil.

Efectivamente, el artículo 1518 determina que:

“Los bienes del responsable de la ofensa o violación del derecho de otro quedan sujetos a la reparación del daño causado; y si hubiese más de un autor de la ofensa, todos responderán solidariamente por la reparación.

Parágrafo único.—Son solidariamente responsables con los autores, los cómplices y las personas señaladas en el artículo 1521”.

Por su parte, el artículo 1521 establece:

Son también responsables de la reparación civil:

I). .....

II). .....

III). El patrón, amo o comitente, por sus empleados, servidores y encargados, en el ejercicio del trabajo que les corresponde o con ocasión de él (Art. 1522) ...”.

Por último el artículo 1522, equipara con el patrón, a efectos del Art. 1521, N<sup>o</sup> III, a las personas jurídicas que realicen explotación industrial.

Nuestro derecho positivo no nos proporciona los conceptos de patrón y de dependiente y si bien, en la mayoría de los casos, el vínculo de dependencia puede ser apreciado, existe sin embargo, una zona nebulosa, una tierra de nadie, en la que se confunden las relaciones de subordinación y los contratos en los que el arrendatario de servicios mantiene su independencia.

Por regla general, los autores definen al patrón como la persona que encarga a otra la prestación de ciertos servicios, quedando permanentemente bajo sus órdenes.<sup>8</sup>

La jurisprudencia francesa caracteriza el vínculo de dependencia como una relación de subordinación, conceptuando al patrón como aquél que posee el derecho de dar órdenes e instrucciones al dependiente.<sup>9</sup> Su-

8 LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Principios de direito civil luso brasileiro*, S. Paulo, Max Limonad Editor, 1951, 2<sup>o</sup> vol., p. 586.

9 MAZEAUD ET MAZEAUD, *op. cit.*, vol. I, p. 748.

bordinado es, entonces, el individuo que trabaja bajo dirección ajena sin tener independencia alguna en las funciones que le son encomendadas.

Así pues, el obispo no es patrón del cura y los médicos de los hospitales no son dependientes de la Asistencia Pública ya que los profesionistas liberales mantienen cierta autonomía en su ejercicio.

Pero el criterio de autoridad, al que se afilia la escuela clásica, se reveló insuficiente. No basta el lazo de dependencia para que haya subordinación; es necesario también, como indica SAVATIER, que la actividad del subordinado sea en provecho del patrón; que éste la emplee "á ses risques et périls". Se distingue así el subordinado, del empresario o profesional liberal que trabajan para otros, por su propia cuenta. Y esta noción de actividad económica independiente, explica la razón por la cual el empleado no es dependiente del capataz, el soldado del oficial, etc. . . . <sup>11</sup>

El vínculo de dependencia ha de ser entendido como "relación funcional", siendo dependiente todo individuo que realiza actos materiales por cuenta y bajo la dirección de otra persona.

Existe un paralelismo que debe señalarse entre representación y dependencia. Ya CHIRONI dice: que la subordinación en el campo de los actos materiales es lo que la representación en el ámbito de los actos jurídicos. <sup>12</sup> Además, estamos, respecto a aquélla, en una situación análoga a la del Derecho Romano en cuanto a la representación. Efectivamente, en Roma, el *paterfamilias* podía adquirir derechos por medio del *filii* o del esclavo. No podía, sin embargo, obligarse por actos de éstos. Tal es lo que sucede actualmente con la dependencia, medio de obtener beneficios por la actividad ajena, sin que exista, por parte del patrón, responsabilidad por los actos dañosos ocasionados por la actividad del dependiente. <sup>13</sup>

Vemos, pues, que hay dependencia siempre que quien preste servicios obre por cuenta y bajo la dirección del arrendador, y así, la jurisprudencia ha entendido que el chofer de "taxi" no es dependiente, del propietario del coche que le fué arrendado y que el aviador no es dependiente

10 *Op. cit.*, en nota anterior, p. 757.

11 RENE SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1939, vol. 1º, p. 375.

12 CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, tomo I, Nº 156.

13 STARCK, *op. cit.*, p. 237.

del club aéreo del cual es miembro y que le prestó un avión.<sup>14</sup> Por el contrario, es patrón el propietario del automóvil que autoriza a un hijo o a un amigo a servirse del coche de acuerdo con sus instrucciones, pues existe entonces un vínculo de subordinación.<sup>15</sup>

6. La primera condición para que haya responsabilidad del principal por actos del encargado es, pues, la existencia del vínculo de subordinación. La segunda es que el daño haya sido causado en el ejercicio o con ocasión del trabajo.

No es necesario que el daño haya sido originado por una actividad del subordinado debidamente ordenada por el patrón; basta para que haya responsabilidad por parte de éste; que el acto dañoso haya sido producido o facilitado por la situación del subordinado como empleado del patrón.

Hay, pues, responsabilidad, desde el momento en que el trabajo haya facilitado al subordinado la oportunidad de causar el daño. Existe responsabilidad del patrón, incluso en el caso de abuso de funciones por parte del empleado, cuando se trate de terceros de buena fe que ignoren que el subordinado ha rebasado los límites de sus atribuciones.<sup>16</sup>

Podemos decir que el patrón es responsable, siempre que el empleado encontró en el empleo la posibilidad de ocasionar un daño. Algunos autores, como MAZEAUD et MAZEAUD, no aceptan la responsabilidad por actos realizados, no en el ejercicio, sino con ocasión del trabajo.<sup>17</sup> En nuestro derecho, sin embargo, existe texto expreso al respecto y la jurisprudencia esta de acuerdo con la doctrina en responsabilizar al patrón por los actos dañosos realizados por el dependiente con ocasión del trabajo. Protéjese, en tal caso, la apariencia. Si los terceros confiaron en el empleado, a causa de la función que ejercía, es justo que el patrón indemnice a los terceros de buena fe perjudicados.

7. Para que haya responsabilidad del patrón es necesario por lo tanto:

---

14 HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4<sup>o</sup> ed. Paris, Librairie Dalloz, 1949, p. 588-589.

15 *Op. cit.*, en nota anterior, p. 592.

16 La tendencia del derecho moderno es, además, en el sentido de dar a la expresión "con ocasión del servicio" la mayor amplitud, como dice el Ministro OROZIMBO NONATO ("Rev. For.", vol. 104, p. 473) y LALOU (*op. cit.*, p. 606 y 607).

17 MAZEAUD ET MAUEAZD, *op. cit.*, I, 770.

a) daño causado por el empleado; b) culposamente (Art. 159 C. civ.); c) en el ejercicio o con ocasión de sus funciones (Art. 1521, III). Sobre estos elementos existe acuerdo unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, ante un texto legal de interpretación cristalina.

Sin embargo, es en relación con la necesidad de culpa concurrente del patrón donde las dudas comienzan a surgir. ¿La responsabilidad del patrón depende de culpa propia? ¿Puede presumirse tal culpa? ¿La presunción será *iuris tantum* ó *iuris et de iure*?<sup>18</sup> Tales son las cuestiones esenciales que trataremos de resolver.

8. El artículo 1523 del Código Civil determina que: "Con excepción de las mencionadas en el Art. 1521, N° V, sólo serán responsables las personas enumeradas en él y en el Art. 1522, cuando se pruebe que contribuyeron al daño por culpa o negligencia de su parte".

Por lo tanto, tras consagrar en el Art. 1521, N° 111, la responsabilidad indirecta en nuestro derecho, el Código subordina la existencia de responsabilidad del patrón por actos del dependiente, a la prueba de culpa concurrente del primero.

El artículo 1523 es el resultado de la enmienda 1483, del Senador MUNIS FREIRE al proyecto CLOVIS BEVILAQUA, enmienda que modificó por completo la estructura de nuestro derecho en relación a la responsabilidad civil.

En efecto, el proyecto inicial, en su artículo 1646, adoptaba el principio de presunción *iuris tantum* de culpa del patrón, principio mantenido en el artículo 1817 del proyecto revisado, y que la Cámara conservó, habiendo sido modificada su forma por RUI BARBOSA (Art. 1525 del *Parecer*).<sup>18</sup>

La modificación introducida por el Senado constituyó una verdadera "inversión de principios",<sup>19</sup> creando un antagonismo entre el Art. 1521, que presume la culpa de los indirectamente responsables y el Art. 1523, que exige la prueba de esa culpa.

Jueces y juristas reconocieron que: "El artículo 1524 fué uno de los dos puntos discordantes del Código civil haciéndolo nacer ya viejo para

18 RUI BARBOSA, *Obras completas*, vol. XXIX, 1902, tomo I, *Parecer sôbre a redaçao do Codigo Civil*, (Rio de Janeiro, Imprenta Nacional, 1949, p. 402, V. también PONTES DE MIRANDA, *Das obrigações por atos ilícitos*, en "Manual do Código Civil de Paulo de Lacerda", Vol. XVI, 3ª parte, tomo I, 1927, p. 382 y ss.

19 CLOVIS BEVILAQUA, *Código civil comentado*, 6ª ed., 1947, Livraria Francisco Alves, 5º vol., p. 301.

su época, aunque la culpa, en eso como en tantos otros aspectos, no pueda atribuirse a su elogiado autor.

Con el tiempo se fué agravando el contraste de la legislación con la doctrina y la jurisprudencia, vencedoras en todo el mundo civilizado, al mismo tiempo que aumentaba paulatinamente la corriente que poco después atraía a los adeptos de la pura literalidad de la ley, partidarios de su aplicación "en sus propios términos"; y hacía poco viable mantener el "injerto mal acomodado en el conjunto del sistema, especialmente frente al texto primitivo del Art. 1521".<sup>20</sup>

9. En realidad, es imposible negar la contradicción entre los artículos 1521 y 1523. Si nos atenemos al texto de este último, aquél pierde su razón de ser, ya que todos responden por sus actos culposos *ex vi* del Art. 157; la existencia del Art. 1521 sólo se justifica por dispensar a la víctima de probar la culpa del patrón, y es precisamente tal efecto el que quita el artículo 1523.

Por otro lado el Art. 1523 está en flagrante contradicción con el artículo 68, pfo. 4, del Código de Menores, que establece la culpa presunta de los padres o personas a quienes incumba la guarda de los menores, en el caso de daños causados por éstos. El tratamiento penal dispensado en el derecho comparado a los patronos es siempre más severo que el que rige para los padres y nunca debería ser más benévolo, como ocurre en nuestra legislación.

El artículo 1523 discrepa también de la orientación seguida por la ley N° 2681, de 7 de diciembre de 1912, sobre la responsabilidad civil de los ferrocarriles, estableciendo en favor del lesionado por tren o tranvía la culpa presunta de la empresa y, para la víctima de automóvil, la necesidad de probar la culpa concurrente del subordinado y del patrón.

Discrepa, asimismo, de los principios de la responsabilidad civil del Estado afirmados en el Art. 15 del Código civil y en el Art. 194 de la Constitución Federal, en los que se establece la responsabilidad del servicio público por los actos causados por los funcionarios, independientemente de la prueba de culpa del Estado (Cód. civ. Art. 15) y sobre la base del riesgo de servicio (Art. 194 de la Constitución).

En fin, la presunción de culpa del patrón existe en el ámbito contractual, no pudiéndose exonerar de ella mediante la prueba de que el incumplimiento de la obligación se debe a los dependientes escogidos por él

---

20 PHILADELPHO AZEVEDO, *Um triênio de Judicatura*, S. Paulo, Max Limonad Editor, vol. III, p. 344. En el mismo sentido, v. OLIVEIRA E SILVA, *Das indenizações por accidentes nas ruas e nas estradas*, S. Paulo, Livraria Academica, 1940, p. 7-8.

con el mayor cuidado y debidamente vigilados. Y siendo así, es lógico que, también en el campo delictual, la culpa demostrada del subordinado establezca automáticamente la responsabilidad civil del patrón, presumiéndose la culpa de éste.

Tales argumentos de orden lógico y sistemático, hicieron que se suscitasen serias dudas en los tribunales en relación con la interpretación del Art. 1523. Por otro lado, ciertos motivos de política social iban a influir también en esa interpretación ya que la víctima habría de ser indemnizada aunque el patrón no tuviera normalmente dinero y resultase difícil la prueba de su culpa.

10. De hecho, la jurisprudencia oscila, vacilante y dudosa, no sabiendo si debe atenerse a la letra de ley o a las crecientes necesidades sociales. Las sentencias nos ofrecen todas las soluciones, desde la aceptación de la teoría del riesgo hasta la exigencia de prueba de la concurrencia de culpa del dependiente y del patrón. Es un laberinto de decisiones antagónicas y contradictorias en el que se debaten jueces y abogados.

De cualquier manera, podemos fijar algunas fases en la evolución de la jurisprudencia brasileña sobre la materia.

11. Inicialmente dominó en nuestros tribunales la interpretación literal o exegética, fiel a la "mens legislatoris". Tal espíritu es, por otra parte, consecuencia inmediata de toda elaboración legislativa. En una primera fase, que sigue de cerca a la promulgación de los códigos, asistimos al dominio de la exégesis. Así ocurrió en Francia con el Código de Napoleón, cuando los profesores no enseñaban el derecho civil sino tan sólo el Código, según palabras de Bugnet y de Demolombe. Así también entre nosotros, durante la primera década tras la promulgación del Código Civil.

Después de la codificación la doctrina se limitó a los trabajos de comentarios de los textos legales y sólo posteriormente, cuando las leyes dejaron de corresponder a las nuevas necesidades sociales, es cuando los juristas inician de nuevo los estudios dogmáticos, pasando la interpretación a atender menos a la voluntad del legislador que a las necesidades de la sociedad y al bien común, en la fórmula del Art. 5 de la Ley de Introducción (Dic. Ley Nº 4657 de 4 de septiembre de 1942).

Dice el profesor René DAVID que "en algunos países los jueces pudieron sujetarse más que en Francia al método tradicional de interpretación, buscando la intención del legislador, ya por que los códigos fueren más recientes, continuando así en armonía con la estructura actual

de la sociedad, o por que no sufrieran esos países las transformaciones por las que pasó Francia", <sup>21</sup> y cita el caso de Italia, Argentina, Brasil y Holanda, que permanecieron más fieles que Francia al pensamiento de los autores de sus códigos.

Tal hecho es cierto para la mayoría de nuestras instituciones jurídicas; pero no lo es, sin embargo, en el dominio de la responsabilidad civil del patrón por actos del dependiente, materia en la cual nuestra jurisprudencia realizó verdaderos milagros, superando la tesis anticuada que abrazó el código en su artículo 1523.

12. En realidad, las primeras resoluciones exigieron, para responsabilizar al patrón, que se probara su culpa. No bastaba la prueba de la culpa del dependiente, sino que era preciso que quedara patentizada la culpa, *in vigilando* o *in eligendo*, del principal.

La reacción comenzó con Virgilio de SA PEREIRA, que defendió la presunción de culpa del patrón siempre que se probase la del dependiente. Si no, decía, llegaríamos a la conclusión errónea de que el principal no repara el daño por no tener culpa y el subordinado por no tener dinero. <sup>22</sup>

La frase quedó en la memoria de nuestros juristas, que intentaron obviar esas dificultades creadas por el texto del artículo 1523.

Cupo al Tribunal de Justicia del Distrito Federal ser uno de los primeros en rechazar la llamada "interpretación literal egoísta y reaccionaria" del Art. 1523. La jurisprudencia en el Distrito Federal, comenzó a inclinarse hacia la presunción *iuris tantum*, inicialmente en algunas sentencias de primera instancia y en votos particulares aislados, <sup>23</sup> después en sentencias esporádicas originadas en mayorías ocasionales, y, por último, como jurisprudencia continua, suave y pacífica.

El juez José Antonio NOGUEIRA, señalaba en su trabajo, *Aspectos de un ideal jurídico*, una década después de la promulgación del Código, que el artículo 1523, al exigir la culpa del principal, excluía de nuestro derecho la responsabilidad indirecta.

Por su parte, en sus sentencias, el juez SABOIA LIMA, combatía la interpretación egoísta del Art. 1523, afirmando la tesis de la responsabilidad del patrón por culpa presunta.

21 RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, p. 240-241.

22 VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, *Decisões e julgados*, p. 187.

23 Sobre la importancia de los votos particulares, v. RENÉ DAVID, *op. cit.*, p. 242.

En 1932 observa este juez: "Es hoy principio establecido, que si la prueba de la culpa extracontractual incumbe a quien pide la indemnización, bástale probar la culpa del sustituto para tenerse por probada la del sustituido".<sup>24</sup> Y el 30 de abril de 1934, en el caso Pullen, afirmaba en su sentencia el eminente magistrado que: "El artículo 1523 del Código civil no exige para la responsabilidad de las personas acto propio, sino culpa propia, que es cosa diferente.

La interpretación egoísta del Art. 1523, se asienta en la confusión entre acto de empresas y culpa de empresa. El acto material puede ser realizado por el dependiente, pero la culpa es de la persona jurídica. Y ello, porque la persona jurídica es, por su naturaleza, incapaz de realizar actos personales (*Revista de Direito*, Vol. 85, p. 198).

Probado el acto dañoso, sin que haya existido caso fortuito, fuerza mayor o sin que haya sido provocado por la propia víctima, queda, *re ipsa*, probada la culpa de la empresa.<sup>25</sup>

Desde 1937 se consolida definitivamente la culpa presunta del patrón. Hay culpa *in eligendo* de éste, no sólo cuando el dependiente ya cometió infracciones con anterioridad, sino, incluso, cuando, debidamente apto, no registrase en su hoja de servicios ninguna transgresión. No sólo se requieren cualidades técnicas, sino también cualidades morales de prudencia, etc. . . . La culpa *in eligendo* surge no por existir pruebas anteriores de incapacidad del designado, sino por el simple hecho de haber causado el accidente. El mismo razonamiento se aplica *in vigilando*. "La culpa *in vigilando* —concluyó uno de nuestros más clarividentes jueces— resulta del hecho de no haber ejercido la acusada la necesaria vigilancia para evitar que su subordinado condujese el automóvil con exceso de velocidad. Podría decirse que esto es absurdo e imposible; pero más absurdo es dejar que alguien sea víctima de una desgracia sin que pueda obtener la necesaria reparación".<sup>26</sup> Por consiguiente, la misma culpa del dependiente es prueba bastante de la culpa del principal. Si el subordinado hubiese sido bien elegido o debidamente vigilada su actividad, no habría incurrido en culpa. La modificación de nuestra jurisprudencia fué en el sentido de adoptar la teoría del *common law* conocida bajo el nombre de la locución latina *res ipsa loquitur*. No cabe exoneración

24 Ap. OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 36.

25 Ap. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. xx, 2ª ed., Río de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1938, p. 269.

26 Voto particular del magistrado PAULO COLOMBO ap. CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, p. 287.

ción, por falta de culpa *in eligendo* o *vigilando* por parte del patrón, una vez probada la culpa de su subordinado. La evolución en el Tribunal del Distrito Federal fué en el sentido de pasar de la presunción *iuris tantum* a la presunción *iuris et de iure*.

En efecto, en agosto de 1938, la justicia local, al resolver los incidentes en la apelación N° 6547, siendo ponente el magistrado José Antonio NOGUEIRA, estableció el principio siguiente:

“Probado que el daño tiene su origen en la imprudencia y culpa del dependiente, queda establecida la responsabilidad del principal en los términos del Art. 1523 del Código civil”.<sup>27</sup>

A partir de esa fecha, una serie de sentencias acentúa la continuidad y coherencia de la jurisprudencia local. Sentencias en las que fueron ponentes los magistrados José Antonio NOGUEIRA, RIBEIRO DA COSTA, Cândido LOBO, SABOIA LIMA y DUQUE ESTRADA,<sup>28</sup> confirma que “no hay necesidad de probar la concurrencia de culpas de la empresa y del empleado porque esa responsabilidad resulta, automáticamente, de la responsabilidad del empleado”.<sup>29</sup>

En reciente sentencia de la 4ª Sala del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, al juzgar la apelación N° 11,063, el 15 de mayo de 1951, se concluye que: “No ha de averiguarse si en la elección (culpa *in eligendo*) o en la fiscalización (culpa *in vigilando*) de las personas físicas encargadas de la prestación de servicios materiales, la persona jurídica procedió con impericia, imprudencia o negligencia, para tomar cualquiera de estos hechos como causa mediata del acto, sino sólo comprobar concretamente si el acto se realizó mientras el autor se hallaba al servicio de otro con quien le ligara un vínculo contractual de subordinación, para prolongar su propia actividad económica, industrial o comercial”.<sup>30</sup>

Vemos, pues, que el último paso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal es en el sentido de considerar automáticamente responsable al patrón, desde el momento en que quedan probadas la causalidad, el vínculo de subordinación y la culpa del dependiente.

13. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Minas Gerais, consolidada en una sentencia guía de febrero de 1942, que tuvo como

27 “Rev. For.”, vol. 78, p. 504, cit. por OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 106.

28 V., entre otras, las sentencias publicadas en la “Rev. For.”, Vol. 73, p. 76; v. 78, p. 504; v. 82, p. 655; v. 83, p. 493; v. 89, p. 149; v. 91, p. 421.

29 V. JOSÉ LUIS SALES, *A responsabilidade indireta do preponente pelos atos culposos do preposto*, en “Rev. For.”, vol. 96, p. 216.

30 “Rev. For.”, vol. 153, p. 251-253.

ponente al magistrado Amilcar de CASTRO, considera presumida la culpa del patrón siempre que se pruebe la del dependiente.<sup>31</sup>

Durante mucho tiempo, los tribunales de Pernambuco y Río Grande do Sul<sup>32</sup> y el de São Paulo, estuvieron recalcitrantes, negándose a aceptar la tesis de interpretación liberal del Art. 1523.

El tribunal paulista, todavía en 1930, en dos decisiones de las que fueron ponentes los magistrados Antonio VIEIRA<sup>33</sup> y Alfonso de CARVALHO,<sup>34</sup> respectivamente, decidió, en el primer caso, que debía probarse la culpa concurrente del dependiente y el patrón y, en el segundo, que la culpa de aquél implicaba la de éste.

En una sentencia de abril de 1936, el mismo tribunal entendió que el patrón no debía ser responsabilizado por los actos culposos de su dependiente, cuando tuviese título de capacitación, lo que excluía la culpa *in eligendo*, ya que no había culpa *in vigilando* por no ser posible que el patrón acompañase incesantemente a todos los empleados a su servicio.<sup>35</sup>

En 1951, continuaban las divergencias dentro del propio tribunal paulista. Mientras que la 6ª Sala Civil consideraba que la culpa del dependiente suponía la del principal,<sup>36</sup> la 2ª Sala exigía la prueba de la culpa concurrente del patrón.<sup>37</sup> La 1ª Sala, que en 1952 afirmaba haber triunfado "la tesis de que la culpa del dependiente hacía presumir la del patrón",<sup>38</sup> se desdecía en 1954<sup>39</sup> y en 1955,<sup>40</sup> exigiendo prueba de la culpa del principal.

El 16 de marzo de 1955, las Salas Civiles reunidas resolvían que, "salvo prueba en contrario, la culpa del dependiente hacía presumir la del patrón".<sup>41</sup>

---

31 "Revista de Direito", vol. 141, p. 87 ap. CARVALHO AZEREDO, *Da indenização por ato ilícito* (doctrina y jurisprudencia) Río de Janeiro, A. Coelho Branco Fº Editor, 1945, p. 122.

32 V. PHILADELPHO-AZEVEDO, *op. cit.*, vol. III, p. 349.

33 Ap. OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 21.

34 Ap. OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 27.

35 "Rev. For.", vol. 67, p. 513.

36 "Rev. For.", vol. 152, p. 256.

37 "Rev. For.", vol. 154, p. 277.

38 "Rev. For.", vol. 154, p. 271.

39 "Rev. dos Trib.", vol. 238, p. 139.

40 "Rev. dos Trib.", vol. 239, p. 180 y vol. 240, p. 223.

41 "Rev. dos Trib.", vol. 235, p. 311.

Apartándose del laberinto de decisiones contradictorias del Tribunal de Justicia de São Paulo, el Tribunal de Alzada ha resuelto, continuamente, en el sentido de presumir *iuris tantum* la culpa del patrón siempre que se probara la del dependiente.<sup>42</sup>

En un examen de la jurisprudencia, en el que analiza una centena de decisiones de la justicia paulista, Silvio RODRÍGUEZ<sup>43</sup> describe con énfasis la confusión que domina en la jurisprudencia de ese Estado, en esta materia.

Ya mencionamos algunas sentencias reveladoras de la indecisión reinante. Vimos que la Sala Primera, tras aceptar la culpa presunta del patrón, retrocedió, exigiendo la culpa concurrente. La Sala Segunda no presume la culpa del patrón. Tampoco lo hace actualmente la Sala Tercera,<sup>44</sup> ni la Sala Cuarta,<sup>45</sup> siendo favorables, por el contrario, a esa presunción, las Salas Quinta<sup>46</sup> y Sexta.<sup>47</sup>

Por su parte, el Tribunal de Ceará considera responsable al patrón cuando se pruebe la culpa del dependiente.<sup>48</sup>

14. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal merece un estudio minucioso.

En 1929 y 1935, encontramos sentencias unánimes afirmando que “el sistema de nuestra legislación es el de que para la responsabilidad indirecta se hace menester la prueba de la culpa”.<sup>49</sup> Todavía en julio de 1942 una sentencia del Tribunal Supremo Federal insiste en que “para que exista responsabilidad civil de alguien por acto ajeno, es necesario probar que aquél contribuyó en la producción del daño, por su culpa”, reconociendo, sin embargo, el apuntamiento de la sentencia, que “esa jurisprudencia encuentra en el propio Tribunal Supremo varios opositores.”<sup>50</sup>

Es interesante señalar que el voto del ponente, Ministro Orozimbo NONATO, fué en el sentido de la existencia de una presunción *iuris tantum*

42 “Rev. For.,” vol. 151, p. 303 y “Rev. dos Trib.,” vol. 238, p. 480.

43 Artículo citado en “Rev. dos Trib.,” vol. 238, p. 26-33.

44 “Rev. dos Trib.,” vol. 226, p. 204.

45 “Rev. dos Trib.,” vol. 221, p. 185.

46 “Rev. dos Trib.,” vol. 226, p. 199.

47 “Rev. dos Trib.,” vol. 215, p. 119.

48 “Rev. dos Trib.,” vol. 249, p. 532.

49 V. “Revista de Direito,” vol. 98, p. 68 y “Rev. For.,” vol. 67, p. 281.

50 Ap. CARVALHO AZEREDO, *op. cit.*, p. 114.

de culpa del patrón; opinión que, en aquella época, todavía no contaba con la adhesión de la mayoría del Supremo, lo que explica la diferencia en el texto del apuntamiento donde el ponente, aún adelantando su opinión personal, quiso respetar la orientación de la mayoría, ya que, en el caso concreto, no había divergencia por haber sido probada la culpa *in eligendo* del reo.

El 28 de septiembre de 1942, el propio Tribunal Supremo, por su primera Sala, vencedores los votos de los Ministros Filadelfo Azevedo, Anibal Freire y Castro Nunes y vencidos Laudo de Camargo y Barros Barreto, estimaba presunta la culpa del patrón.<sup>51</sup> La segunda Sala llegaría a la misma conclusión el 13 de abril de 1945, en sentencia unánime redactada por Orozimbo Nonato y suscrita por Waldemar Falção, Bento de Faria y Goulart de Oliveira.<sup>52</sup>

Data pues de 1952, la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. Eran ya favorables a la presunción de culpa del patrón los Ministros Anibal Freire, Castro Nunes y Orozimbo Nonato, en tanto que se oponían a la corriente liberal. Laudo de Camargo, Barros Barreto y Otavio Kelly. La jubilación de éste y la designación para el alto tribunal de los Ministros Filadelfo Azevedo y Goulart de Oliveira, vino a dar predominio a la tesis, ya para entonces dominante en el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, favorable a la culpa presunta del principal.

En 1943, el Tribunal Supremo Federal resolvió en el recurso extraordinario N<sup>o</sup> 5427, que: "No existe ya divergencia en el Tribunal Supremo Federal, formándose sólida mayoría en la interpretación del Art. 1523 del Código civil, en el sentido de considerar presunta la culpa del patrón por la del dependiente, si la víctima no hubiese procedido también con culpa, en todo o en parte."<sup>53</sup>

Y dos años después, nuestra más alta Corte consideraba al principal responsable por los actos culposos de su subordinado.<sup>54</sup>

La jurisprudencia en el sentido de la aceptación de la presunción *iuris tantum*, se impuso hasta el punto de que, en voto publicado en

51 "Rev. dos Trib.", vol. 156, p. 837.

52 "Rev. For.", vol. 104, p. 473.

53 FILADELFO-AZEVEDO, *op. cit.*, p. 344 del vol. III.

54 V. "Rev. For.", vol. 106, p. 463.

1950, el Ministro Goulart de Oliveira reconocía no existir ya disidencia jurisprudencial al respecto.<sup>55</sup>

El Ministro Nelson Hungria, continúa, sin embargo, fiel a la interpretación literal del Art. 1523, a la que, asimismo, continúa apegado el tribunal de São Paulo.

La tendencia general de nuestra jurisprudencia puede, no obstante, sintetizarse en la siguiente fórmula: la responsabilidad del patrón surge siempre que se pruebe la culpa del dependiente. Por consiguiente, aunque la fórmula consagrada sea generalmente la de presunción *iuris tantum* de culpa, nuestros tribunales no admiten, en la mayor parte de los casos, la exoneración del patrón, una vez probada la culpa del dependiente, considerando que el propio hecho de la culpabilidad de éste, prueba suficientemente la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de aquél. Por lo tanto, lo que existe en realidad es una responsabilidad del patrón por los daños ocasionados por actos culposos del dependiente.

15. Ante el problema planteado por la interpretación del artículo 1523, la doctrina ha seguido el camino trazado por la jurisprudencia.

En 1927, en un momento en que los tribunales todavía dudaban en admitir la presunción de culpa, PONTES DE MIRANDA afirmaba ya que "la solución técnicamente conciliadora y justa es la de presunción de culpa, eludible por la prueba de haber tenido todos los cuidados reclamados por las circunstancias".<sup>56</sup> Llegaba a esa conclusión el eminente civilista después de un examen de la historia de nuestro derecho, del derecho comparado y de nuestra legislación especial en materia de responsabilidad de los ferrocarriles.

La tesis de PONTES DE MIRANDA fué abrazada por José de AGUIAR DIAS en su monografía sobre la responsabilidad, en la que el ilustre magistrado reconoce que la interpretación reaccionaria del artículo 1523 "ya no corresponde a la verdad, es contraria a la realidad, se aparta de la solución positiva de las naciones civilizadas y debe, por todo ello, ser abandonada".<sup>57</sup> El juez Carioca indica que es ridículo basar la responsabilidad en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, cuando el patrón pueda probar que eligió bien y vigiló debidamente la actividad de su dependiente.

---

55 V. el voto publicado en el *Diário da Justiça* de 26/5/950, p. 1531. Para conocer la jurisprudencia reciente del Supremo, v. "Rev. For.", vol. 133, p. 97; vol. 137, p. 404; vol. 138, p. 459; vol. 143, p. 135; vol. 145, p. 129; vol. 150, p. 121.

56 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 616.

57 JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *op. cit.*, p. 548

Se adhiere, en definitiva, a la teoría de la substitución, defendida por MAZEAUD et MAZEAUD, considerando al dependiente como prolongación de la personalidad del patrón.<sup>58</sup>

La mayoría de nuestros juristas se unen con entusiasmo a la jurisprudencia que, haciendo frente a la restricción del Art. 1523, estableció una presunción de culpa contra el patrón. Así, SEABRA FAGUNDES,<sup>59</sup> CARVALHO SANTOS,<sup>60</sup> ROMAO CORTÉS DE LACERDA,<sup>61</sup> ALCINO SALAZAR,<sup>62</sup> GABRIEL DE REZENDE,<sup>63</sup> ORLANDO GÓMES,<sup>64</sup> OLIVEIRA E SILVA,<sup>65</sup> y otros, defienden la presunción de culpa del patrón.

Yendo todavía más lejos, GONÇALVES DE OLIVEIRA,<sup>66</sup> ALVINO LIMA<sup>67</sup> y Vicente de AZEVEDO<sup>68</sup> son favorables a la introducción de la teoría del riesgo en el derecho brasileño.

Todavía se mantiene fiel a la interpretación reaccionaria, aun cuando muy a disgusto, CLOVIS BEVILAQUA<sup>69</sup> y con él ESTEVAO DE ALMEIDA,<sup>70</sup> LINO MORAES LEME<sup>71</sup> GONDIM FILHO,<sup>72</sup> LINCOLN PRATES,<sup>73</sup> PEDRO VERGARA,<sup>74</sup> JOAO LUIZ ALVES<sup>75</sup> y VIEIRA FERREIRA.<sup>76</sup>

58 JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *op. cit.*, p. 538-539.

59 SEABRA FAGUNDES, *Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro*, en "Rev. For.", vol. 126, p. 21.

60 CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. xx, p. 288.

61 ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, en *Arquivo Judiciário*, vol. 71, p. 74.

62 ALCINO SALAZAR, en "Rev. Jur. Bras.", v. 56, p. 233.

63 GABRIEL DE REZENDE, en "Rev. For.", vol. 86, p. 33.

64 ORLANDO GOMES, en "Rev. For.", vol. 83, p. 370.

65 OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 10-14.

66 GONÇALVES DE OLIVEIRA, en "Rev. dos Trib.", vol. 115, p. 23.

67 ALVINO LIMA, *Da Culpa ao risco*, 1938.

68 VICENTE DE AZEVEDO, en "Rev. da Fac. de Dir. de S. Paulo", vol. 34, p. 39.

69 CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, tomo 5, p. 287.

70 ESTEVÃO DE ALMEIDA, en "Rev. dos Trib.", vol. 30, p. 470.

71 LINO DE MORAES LEME, *Da Responsabilidade Civil Fora do Contrato*, 1927.

72 GONDIM FILHO, en "Rev. da Fac. de Dir. do Recife", 1942.

73 LINCOLN PRATES, en "Rev. For.", vol. 67, p. 281 y vol. 71, p. 561.

74 PEDRO VERGARA, en *Direito*, vol. 14, p. 22.

75 JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil*, comentarios a los Arts. 1521 y 1523.

76 VIEIRA FERREIRA, *Da responsabilidade civil em acidentes de automóvel*, 1944.  
V. éstos y otros autores citados en FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. III, p. 348.

El milagro, pues, realizado por la jurisprudencia y por la doctrina, tuvo por objeto superar un texto anticuado, renovándolo con una interpretación que atiende a los imperativos sociales.

16. En realidad, la teoría tradicional de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* no satisface ya en una época en la que no se admite la exoneración del comitente mediante la prueba de haber elegido un dependiente debidamente capacitado, sobre el cual se ejercía la vigilancia necesaria. El acto culposo del dependiente es por sí sólo, *re ipsa*, prueba evidente de la mala elección o de insuficiente vigilancia. No es posible, pues, basar la responsabilidad del patrón en culpa propia. Además, la noción de culpa se amplió tanto que ha perdido su significación.<sup>77</sup>

La teoría del riesgo, basada en el aforismo *ubi emolumentum, ibi onus*, proporciona un fundamento más sólido a la responsabilidad del patrón, pero no explica la responsabilidad solidaria del dependiente y el patrón, ni la acción regresiva que el segundo tiene contra el primero.

En los mismos defectos incurre la teoría que pretende equiparar la relación de dependencia a la representación, convirtiendo los actos del dependiente en actos del patrón, de la misma manera que las declaraciones de voluntad del representante son consideradas como propias del representado.

17. Los más ardientes defensores de la teoría tradicional, como los profesores MAZEAUD y el propio PLANIOL, reconocen que la responsabilidad del principal por actos del dependiente existe fuera de la órbita de la idea de culpa. Para los MAZEAUD, el dependiente es un instrumento del principal, existiendo frente a terceros una verdadera confusión entre las personas del principal y el dependiente. Este es el brazo de aquél, dicen los juristas franceses, siguiendo la lección de SALEILLES. Hay una idea de substitución de subrogación, de confusión en las actividades del patrón y el dependiente.<sup>78</sup> Tal es también la idea que encontramos en autores como CHIRONI,<sup>79</sup> TEISSEIRE<sup>80</sup> y PLANIOL.<sup>81</sup>

77 Sobre la imprecisión del concepto de culpa, v. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed. 1949, p. 199 y SAVATIER en su *Traité* ya citado, vol. I, p. 359.

78 MAZEAUD et MAZEAUD, *op. cit.*, I, 790.

79 CHIRONI, *op. cit.*, t. I, N° 156.

80 TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité civile*, tesis, 1901, p. 256.

81 PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 3ª ed. tomo II, Paris, 1949, p. 391, N° 1125.

Es del insigne civilista Raymond SALEILLES la idea de que el dependiente es el brazo que ejecuta y no la cabeza que manda. Quien da las órdenes debe sufrir las consecuencias de las mismas; hay representación del principal por el subordinado.<sup>82</sup>

También Henri CAPITANT considera la dependencia como un tipo de representación, aplicando así los efectos de ésta, tanto a los actos materiales, cuanto a los actos jurídicos, identificando en esa forma los principios aplicables a la responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito contractual y en el delictual.<sup>83</sup> No se aparta mucho de esa doctrina CUNHA GONÇALVES cuando explica la responsabilidad del principal por actos del dependiente escribiendo que “el primero responde de los actos lesivos practicados por el segundo, por que éste es un agente o instrumento de aquél”.<sup>84</sup>

Numerosos autores piensan que la responsabilidad del principal encuentra un fundamento sólido en la teoría del riesgo; así, LALOU y SAVATIER,<sup>85</sup> se inclinan a basar esa responsabilidad en el riesgo provechosamente creado.

El decano RIPERT, en el prefacio a la obra del profesor de Poitiers, señala que cupo a SAVATIER distinguir entre culpa y riesgo, como fundamentos distintos de la responsabilidad civil, incluyendo en el campo del riesgo normas que se hallaban tradicionalmente ligadas a la culpa, como acontecía con la responsabilidad del principal por actos del dependiente.<sup>86</sup>

Las ideas lanzadas por SAVATIER en su tratado sobre la responsabilidad civil, fueron desarrolladas por él en dos excelentes trabajos en donde, después de la guerra, consideró la evolución del derecho.

Afirma el jurista francés que, en realidad, la responsabilidad se torna completamente independiente de la culpa, incluso ficticia, de aquél sobre quien recaen los riesgos. Este es responsable por una especie de cuasi-contrato sinalagmático. Quien emprende una actividad que ha de proporcionarle beneficios, consiente en garantizar a sus dependientes una contraprestación que consiste en asumir la responsabilidad por los daños

82 SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3<sup>a</sup> ed., 1914, p. 416 nota.

83 HENRI CAPITANT, *Les effets des obligations*, “Rev. Trimestrielle de Droit Civil”, 1932.

84 CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, tomo II, p. 585.

85 LALOU, *op. cit.*, p. 585 y SAVATIER, en su tratado, vol. I, p. 354.

86 RIPERT, prefacio al tratado de SAVATIER, p. XII.

que procedan de esa actividad.<sup>87</sup> Posteriormente, en 1952, hay que señalar una nueva evolución en el pensamiento del profesor de Poitiers. No habla ya en términos de responsabilidad y de culpa. Ya no invoca el derecho que tiene la víctima a obtener una indemnización integral, independientemente de la determinación de la culpa del responsable, y dice que no se trata en realidad de responsabilidad, sino simplemente, de garantía, del deber de garantizar la seguridad ajena y de no perturbar su actividad.<sup>88</sup>

Ideas análogas encontramos en BUCKLAND & MC NAIR, que fundan la responsabilidad del comitente en el interés público de asegurar una indemnización a la víctima y en el riesgo de la actividad, que debe ser asumido por el patrón, en cuanto a los daños ocasionados por el dependiente. Recuerdan los autores ingleses la lección del decano ROSCOE POUND que había dicho "*a strong and growing tendency, where there is no blame on either side, to ask, in view of the exigencies of social justice, who can best bear the loss*",<sup>89</sup>

Georges RIPERT también reconoce que la responsabilidad del comitente no procede de culpa, tratándose, en realidad, de una garantía.<sup>90</sup>

En notable estudio de gran originalidad, B. STARCK, laureado por la Facultad de Derecho de París, puso de manifiesto la insuficiencia de las teorías de *culpa in vigilando o in eligendo* y del riesgo. El ejercicio de una actividad, dice el joven jurista francés, es la utilización de un derecho o de una facultad por determinada persona. El ejercicio de la actividad crea obligaciones que, en realidad, son los límites impuestos por la ley al derecho subjetivo utilizado por el individuo, de manera que quien goza de las ventajas y prerrogativas contenidas en el derecho, asume personalmente las obligaciones que la ley considera inherentes al ejercicio del mismo. Ahora bien, el dependiente actúa por cuenta del principal, poniendo en actividad el derecho de éste y, por lo tanto, siendo el principal el verdadero titular del derecho, es a él a quien corresponden las obli-

87 SAVATIER, *Du droit privé au droit public*, 2ª ed. 1950, p. 135. V. en la misma obra, p. 142.

88 SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ª ed., p. 258.

89 BUCKLAND & MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2ª ed. revisada por F. H. LAWSON, Cambridge University Press, 1952, pp. 397-398.

90 GEORGES RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ª ed. 1948, p. 339; en el mismo sentido, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed. 1949, pp. 232-233.

gaciones originarias de la actividad, que constituyen precisamente las limitaciones al derecho subjetivo que está utilizado por medio del dependiente. Dice entonces STARCK; "*Si, par exemple, le droit subjectif de circuler sur route comporte l'obligation de garantir la sécurité des piétons, cette obligation incombe à celui qui s'attribue les avantages matériels ou moraux en quoi s'analyse le droit de circuler et cette personne est sans contestation possible, le commettant et lui seul*".<sup>91</sup>

STARCK opina que existe, para todos los individuos, una obligación de seguridad hacia los demás miembros de la colectividad. Esta obligación de seguridad o de garantía ya existe en el ámbito contractual, desde el momento en que, en el campo de los transportes, se incluye una cláusula de incolumidad en favor del pasajero. Con la doctrina de STARCK, se generaliza la obligación de garantizar la seguridad ajena, siendo ella la razón del deber legal de reparar los daños causados y la violación del derecho de la víctima a la seguridad. La responsabilidad surge, por consiguiente, siempre que la víctima ve su derecho a la seguridad y a la integridad física violado por la actividad de otro, que pasa a ser responsable, independientemente de la violación de algún otro deber legal.<sup>92</sup>

18. Vemos, pues, que la doctrina moderna entiende la responsabilidad como garantía y no ya como deber de indemnizar que surge cuando el causante del daño dejó de cumplir un deber legal o contractual. Tradicionalmente, entiéndese que la violación de la obligación hacía surgir la responsabilidad del incumplidor. Hoy se concibe la responsabilidad independientemente de la violación de un deber específico. El daño, por sí sólo, hace prueba de que su autor violó el deber de garantizar la seguridad ajena.

Por otra parte, el concepto de empresa crea una unidad tal entre el dependiente y el principal, que todo acto del primero se convierte en acto del segundo.

19. Nuestra legislación sintió sus propias deficiencias y diversos proyectos tendieron a solucionar los problemas creados por las interpretaciones divergentes del Art. 1523.

Así, el proyecto N° 186/1934, posteriormente transformado en el N° 259 de 1935, del que fué autor el diputado Daniel CARVALHO, apoyado por Waldemar FERREIRA, pretendió establecer una presunción de culpa *iuris et de iure*, a cargo del comitente, siempre que se probara la res-

91 B. STARCK, *op. cit.*, p. 217.

92 B. STARCK, *op. cit.*, p. 220.

ponsabilidad del encargado. Desgraciadamente, el proyecto no tuvo desarrollo hasta el año de 1937.

A su vez, el anteproyecto de Código de las obligaciones del que fueran autores los Ministros: Hahnemann GUIMARAES, Filadelfo AZEVEDO y Orozimbo NONATO, en su Art. 162, instituyó una presunción de culpa *iuris tantum* contra el principal, siempre que se probase la culpa del dependiente.

20. La misma tendencia a establecer una presunción de culpa, la encontramos en el derecho antiguo y en el derecho comparado.

Ya en Roma, el *receptum* hacía responsable, a los armadores y posaderos, por los actos dañosos cometidos por sus subordinados en relación con los bienes ajenos que se encontraran a bordo del buque o en la posada. La razón de esta responsabilidad especial era la naturaleza peculiar de confianza que en ellos depositaba el viajante o el huésped. Algunos juristas, como GAIUS, entendieron que esa responsabilidad se explicaba por la culpa *in eligendo* de los armadores y posaderos. Posteriormente, tal responsabilidad llegó a existir incluso cuando los dependientes no fuesen ya esclavos sino hombres libres.<sup>93</sup>

21. El derecho comparado nos ofrece el siguiente panorama:

a) Países que adoptan una presunción *iuris et de iure* de culpa del patrón siempre que se haya probado la culpa del dependiente.

Es el caso de Francia (Art. 1384), Italia (Art. 2,049) y Polonia (Cod. de las Obligaciones, Art. 145).

b) Países en que se presume *iuris tantum* la responsabilidad del patrón cuando se haya probado la del dependiente. v.gr.; Alemania (BGB, Art. 831), Suiza (Art. 55, Cod. de las obligaciones) y en Bolivia (Art. 968).

c) Países en los que sólo se admite la responsabilidad del patrón cuando se pruebe la culpa concurrente del patrón y del dependiente.

Es preciso agregar que las legislaciones que, como la suiza y la alemana, establecen sólo una presunción *iuris tantum*, tienen normas especiales en materia de accidentes de automóvil, transportes en general e industrias peligrosas. Además, en materia contractual, el comitente no

93 V., O. W. HOLMES, *The common law*, 43ª ed., Boston, Little Brown and Company, 1949, especialmente el 1er. capítulo "Early forms of liability", pp. 8-17. V. también CUG, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, Librairie Plon, 1917, pp. 516-517 y SALEILLES, *op. cit.*, p. 407.

puede exonerarse alegando la culpa exclusiva del encargado (BGB. Art. 278; Cod. suizo de las Obligaciones, Art. 101).

La jurisprudencia inglesa considera al comitente responsable por los actos culposos de sus designados, con independencia de toda culpa por su parte.<sup>94</sup>

22. Vemos pues la situación aislada en que se encuentra nuestra legislación y la necesidad imperiosa de adaptarla a las condiciones sociales y económicas de nuestra época. No se trata de modificar, por otra parte, nuestra tradición jurídica, puesto que ya el incomparable TEXEIRA DE FREITAS estableció en su *Esboço* una presunción de culpa del patrón por los actos de sus dependientes (Art. 3,660 y 3,665, 1º).

Es preciso que generalicemos el principio de la culpa presunta que aún encuentra algunas resistencias en ciertos tribunales locales. Por otro lado, en algunos dominios especiales, como el de los accidentes de automóvil, la teoría del riesgo se impone con sus corolarios de responsabilidad limitada y de seguro obligatorio.

Suiza, Grecia, Bélgica y Portugal, así como otros muchos Estados, legislaron sobre los accidentes de automóviles, estableciendo en el caso una responsabilidad objetiva. Los tribunales y la doctrina claman por una medida análoga en nuestro derecho.<sup>95</sup>

23. En conclusión, podemos hacer las siguientes afirmaciones:

1) La interpretación literal y exegética del artículo 1523 exige la prueba de la culpa concurrente del patrón para hacerle responsable por los daños causados por sus dependientes.

2) La jurisprudencia dominante en nuestros tribunales, salvo alguna discrepancia de las decisiones de los tribunales del Estado de São Paulo, es en el sentido de admitir una presunción *iuris tantum* de culpa del patrón, siempre que haya sido probada la culpa del dependiente.

3) La actitud de nuestros tribunales es, de hecho, en el sentido de no admitir la prueba de inexistencia de culpa del patrón, una vez probada la del dependiente. La presunción *iuris tantum* se transforma así en una

94 MAURICE ZINGHER, *De la responsabilité civile du commettant*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1923, p. 110 y ss. V. también ARMINJON, NOLDE ET WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, tomo III, p. 173.

95 V. la opinión de SPENCER VAMPRE ap. OLIVEIRA E SILVA, *op. cit.*, p. 95, así como PHILADELPHO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. III, p. 351-352.

presunción *iuris et de iure*, ya que el patrón no se puede exonerar de su responsabilidad alegando que escogió a un dependiente debidamente capacitado para el ejercicio de la función. El propio comportamiento culposo del dependiente es prueba suficiente de que fué mal escogido o insuficientemente vigilado en sus actividades.

4) Es necesario afirmar la posición real de nuestro derecho en la materia, modificando el texto del artículo 1523, que la jurisprudencia ya no aplica, en lo concerniente a la responsabilidad del patrón por actos del dependiente.

5) En ciertos ámbitos especiales como el de los accidentes de automóvil, se impone la teoría del riesgo y la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil.

Arnold WALD

(Trad.: Javier ELOLA)