

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO
PRIVADO EN COLOMBIA POR EL HECHO DE SUS CONTRATISTAS

JUAN PABLO AGUDELO VALDERRAMA

MAESTRIA EN DERECHO

ASESOR: ALEJANDRO GAVIRIA CARDONA

MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
2020

Tabla de contenido

Introducción y justificación.....	3
Criterios seleccionados.....	6
Marco normativo	6
I. Desarrollo de las empresas a través de la contratación y subcontratación.	7
a) Persona jurídica y empresa.	7
b) Formas de colaboración empresarial.	10
II. Conceptos de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas.	15
a) Responsabilidad civil contractual Vs. responsabilidad civil extracontractual.	15
b) Persona natural Vs. persona jurídica en la responsabilidad civil por el hecho de un contratista.	16
c) Requisitos de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependiente.	18
1. Relación de dependencia o subordinación.....	27
2. Conexidad del daño con la función.	37
3. La culpa del dependiente	57
d) Requisitos de la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar.	59
1. La intervención del auxiliar en el cumplimiento de la obligación debe responder a la iniciativa del deudor.	69
2. El auxiliar debe ser ajeno a la relación obligatoria.....	71
3. Relación de causalidad entre el plan de prestación de la obligación y el daño ocasionado por el auxiliar.	74
4. Incumplimiento de la obligación por parte del auxiliar.....	75
e) El contratista.	79
f) El subcontratista.....	83
III. Sub-reglas de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.....	89
a) Situación de autoridad adecuada.....	89
b) Ocasionalidad necesaria.....	92
IV. La responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	94
a) La responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica por el hecho de su contratista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	94
b) La responsabilidad civil contractual del deudor - persona jurídica - por el hecho de su contratista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	109
c) Culpa Organizacional.	118
V. Conclusiones	125
Bibliografía	130
Referencia de sentencias	135

Introducción y justificación

La empresa es base del desarrollo económico, y al mismo tiempo, cumple con una función social de rango constitucional (Artículo 333 de la Constitución Política). Para cumplir con tales cometidos, muchas de las empresas que participan en el mercado se presentan como personas jurídicas de derecho privado, a través de las cuales se organizan jurídicamente y pueden obtener inversión pública o privada, lo cual les permite tener un patrimonio independiente al de sus asociados.

La necesidad de reducción de costos en el proceso productivo, ha llevado a que en términos de Barceló (1995, p. 238) exista un crecimiento acelerado de la subcontratación por parte de las empresas, fenómeno cada vez más presente en la economía mundial. Sin embargo, este tipo de prácticas empresariales, genera algunos interrogantes acerca de la responsabilidad civil de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas y subcontratistas, interrogantes que el presente trabajo estudia.

La responsabilidad civil de las empresas que revisten la forma de personas jurídicas de derecho privado, no ha sido un tema pacífico en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, y a pesar de que los textos normativos del Código Civil que la regulan no han variado, se trata de uno de los temas de la responsabilidad civil que ha sufrido cambios en el transcurso de los años.

En la responsabilidad civil de las personas jurídicas, dicha evolución se verifica en sentencias hito que han sentado posiciones respecto de cómo abordar la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Es así como, desde finales del siglo XIX, se sostenía que las personas jurídicas en general respondían civilmente de forma indirecta o por el hecho ajeno; posteriormente, con la sentencia del 21 de agosto de 1939, Magistrado Ponente Dr. Hernán Salamanca, y la sentencia del 15 de mayo de 1944, Magistrado Ponente Aníbal Cardoso Gaitán, la jurisprudencia colombiana cambió su posición con relación a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas; la primera de estas sentencias, inauguró la teoría de falla en el servicio con relación a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público; y la segunda, inauguró la teoría organicista, de origen Francés, aplicable indistintamente a personas jurídicas de derecho público y privado, la cual consistía en una responsabilidad directa, con base en el artículo 2341 del Código Civil, siempre y cuando se tratara de actuaciones u omisiones culposas de directores de la persona jurídica, en los casos de actuaciones u omisiones culposas de subordinados de las personas jurídicas, se continuaba aplicando la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en los artículos 2347 y 2349 *Ibidem*. Luego pasamos a un periodo de

inconsistencia en la jurisprudencia nacional, periodo que tuvo su punto final con la sentencia hito del 30 de junio de 1962 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente José J. Gómez R., que sentó el precedente vigente hasta la fecha, según el cual, la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado es siempre directa o por el hecho propio.

Si bien la sentencia de 1962 representó un cambio sustancial en la manera como se concebía la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, no puede afirmarse que dicha sentencia haya dado respuesta completa a todas las dificultades que conlleva la responsabilidad extracontractual de los entes morales. Lo anterior se evidencia con la reciente aparición del concepto de ‘culpa organizacional’, que fue introducido con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SC13925 del 30 de septiembre de 2016 y SC 9193-2017 del 28 de junio de 2017, y que ponen de presente la complejidad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado.

Con relación a la responsabilidad contractual de las personas jurídicas, es de gran interés indagar sobre lo que sucede cuando el incumplimiento de la obligación se debe al hecho de un contratista, especialmente ahora, cuando, siguiendo a Tamayo (2007, p. 656) los sistemas de producción masiva hacen cada vez más, que los deudores deban acudir a terceros con el fin de cumplir con sus obligaciones.

Tal complejidad ha dado lugar a que en otras latitudes, tal como sucedió en Italia y Argentina, surjan nuevos factores de imputación de la responsabilidad como lo es el denominado ‘riesgo de empresa’, que buscan ir a la par del desarrollo empresarial, y permitir así, que la responsabilidad civil cumpla una función acorde con los nuevos tiempos, frente a los daños generados en desarrollo de la actividad empresarial moderna.

El presente trabajo busca aportar desde lo jurídico, y especialmente, a través del análisis de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas, al desarrollo teórico de la responsabilidad civil de la empresa privada. A pesar de que el binomio empresa y persona jurídica no es estrictamente necesario, es evidente que las empresas encuentran en la creación de personas jurídicas de derecho privado la mejor alternativa para su organización. Según un artículo del diario económico Portafolio (Portafolio, 2009), durante el primer año de vigencia de la Ley 1258 de 2008 que creo las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS, fueron constituidas más de 11.000 sociedades comerciales de este tipo en todo el País, un fenómeno sin precedente en la historia de las normas comerciales.

Según lo anterior, es posible concluir que las personas jurídicas de derecho privado juegan un papel preponderante en la economía nacional. La actividad empresarial protagonizada por las personas jurídicas de derecho privado tiene gran importancia para el desarrollo y prosperidad del País.

Conforme lo anterior, el objetivo general del presente trabajo, consiste en analizar, de cara a las nuevas realidades empresariales de Colombia, la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas, con base en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para dar cumplimiento al objetivo general, el presente trabajo de investigación desarrolla cinco capítulos; el capítulo primero aborda los conceptos de empresa, persona jurídica, subcontratación y otras formas de colaboración empresarial; en el capítulo segundo, se delimita el objeto de estudio, para lo cual se dedica un título a la separación clásica entre responsabilidad contractual y extracontractual, el título siguiente analiza el tratamiento particular que tiene la responsabilidad civil de las personas jurídicas en contraste con el de las personas naturales, y los títulos finales desarrollan los requisitos de la responsabilidad civil por el hecho de dependientes y auxiliares, y las nociones de contratista y subcontratista; en el capítulo tercero, se aborda el desarrollo jurisprudencial de dos sub-reglas de la responsabilidad por el hecho de un dependiente, la relación de dependencia y la conexidad entre el daño y la función, las cuales, tienen importancia para el estudio de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas; en el capítulo cuarto, se aborda el estudio de la responsabilidad extracontractual y contractual de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; y en el capítulo quinto, se exponen las conclusiones más relevantes del trabajo de investigación.

Gracias a lo anterior, se desarrollan los objetivos específicos trazados en el trabajo de investigación, los cuales consisten en:

- 1.** Identificar, a la luz de la actualidad colombiana, las formas en que las personas jurídicas de derecho privado desarrollan su objeto social (actividad empresarial) a través de la contratación y subcontratación, resaltando las particularidades de estas prácticas empresariales.
- 2.** Analizar los conceptos básicos y categorías jurídicas de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas.

3. Evaluar la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La investigación sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas en el ordenamiento jurídico colombiano, conjuga los tres tipos de investigación jurídica (sistematización, descriptiva - lege lata, y propositiva - lege ferenda). En el caso particular, el enfoque predominante es una investigación de tipo descriptivo o lege lata, en el sentido que lo que se pretende, es desarrollar una investigación con base en las normas y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia vigentes.

Criterios seleccionados

Responsabilidad civil, persona jurídica, empresa, contratista, subcontratación, auxiliar, agente, riesgo, cadena de contratos, estipulación a favor de otro.

Marco normativo

Constitución Política Colombiana de 1991, Artículo 333.

Ley 57 de 1887 – Código Civil, artículos 2347, 2349 y 2356.

Decreto 410 de 1971 – Código de Comercio, D.O. 33.339 del 16 de junio de 1971, artículos 25, 99, 515.

Decreto 2663 de 1950 y Decreto 3743 de 1950, adoptados por la ley 141 de 1961 – Código sustantivo del trabajo, D.O. 30.694 del 23 de diciembre de 1961, artículo 35.

Decreto 2351 de 1965, D.O. 31.754 del 17 de septiembre de 1965, por el cual se hacen reformas al código sustantivo del trabajo, artículos 1º y 3º.

Ley 1480 de 2011, D.O. 48.220, octubre 12 de 2011, por medio de la cual se dicta el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones, artículos 19, 20, 21, 23 y 25.

Ley 222 de 1995, D.O. 42.156, del 20 de diciembre de 1995, por el cual se modifica el libro II del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, artículos 26, 27, y 28.

I. Desarrollo de las empresas a través de la contratación y subcontratación.

a) Persona jurídica y empresa.

En el diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española encontramos varias acepciones para el término de ‘empresa’, para el propósito de este trabajo tomaremos la siguiente definición: “Actividad económica organizada para producir bienes o prestar servicios destinados al mercado” (Real Academia Española, 2019).

La anterior definición tiene gran similitud con aquella consagrada en El Código de Comercio colombiano en su artículo 25, que dispone lo siguiente: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.” (Diario oficial No. 33.339 de 16 de junio de 1971)

De acuerdo con la legislación comercial colombiana, el concepto de empresa se encuentra estrechamente ligado con el de establecimiento de comercio, al punto que la actividad empresarial debe ser ejercida a través de uno o más establecimientos de comercio. El artículo 515 del Código de Comercio define el establecimiento de comercio de la siguiente manera:

“Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.” (Diario oficial No. 33.339 de 16 de junio de 1971)

La relación entre empresa y establecimiento de comercio, puede verse como una relación de medios a fines, dado que el establecimiento de comercio es el medio a través del cual la empresa cumple sus fines. También podría afirmarse que el establecimiento de comercio es la parte visible de una empresa, aclarando, eso sí, que el establecimiento de comercio puede comprender bienes tangibles, así como intangibles, tales como: licencias, derechos, know how, patentes, goodwill, el nombre o enseña comercial, etc.

Pasando al concepto de ‘persona jurídica’, encontramos que el diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española contiene el siguiente significado: “Institución

dotada de personalidad propia e independiente y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, creada por la ley o conforme a lo establecido en las mismas” (Real Academia Española, 2005).

Conforme el artículo 73 y ss. del Código Civil colombiano, las personas se clasifican en naturales o jurídicas, perteneciendo a la primera clase, todos los individuos de la especie humana, sin importar su edad, estirpe o condición; en tanto que, a la segunda clase pertenecen las fundaciones y corporaciones reguladas en el Código Civil. Por su parte las sociedades comerciales se encuentran reguladas en el Código de Comercio, y las personas jurídicas de derecho público se encuentran regladas por la Constitución Política, la Ley 489 de 1998, y demás leyes y decretos del sector público.

En el ordenamiento jurídico colombiano, tanto las personas jurídicas, como las personas naturales, cuentan con personalidad jurídica, es decir, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. En este sentido, el artículo 14 de la Constitución Política consagra de forma expresa que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” (Gaceta constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991)

Es precisamente el reconocimiento de la personalidad jurídica respecto de las personas jurídicas, lo que permite considerarlas como personas independientes a sus asociados. Sin ese reconocimiento jurídico, sería imposible hablar de personas jurídicas de derecho público o privado.

Refiriéndonos específicamente a las sociedades comerciales, puede afirmarse que son el producto de un acuerdo entre personas naturales o jurídicas, que gracias a la facultad que les otorga la ley, y mediante un contrato societario, dan origen a una nueva persona jurídica. Al respecto, el artículo 98 del Código de Comercio, establece que la sociedad comercial, una vez constituida legalmente, formará una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Así mismo, la sociedad será comercial siempre que tenga como finalidad la ejecución de actos o empresas mercantiles, y por el contrario, la sociedad será civil cuando su objeto social no comprenda actos o empresas de carácter mercantil. Sin embargo, es importante resaltar que, según el artículo 100 del Código de Comercio, tanto las sociedades civiles, como las comerciales, se encuentran reguladas por la legislación mercantil, por lo tanto es válido afirmar, que en Colombia las sociedades de derecho privado tienen una regulación unificada.

De lo anterior, tenemos entonces que el término ‘empresa’ se refiere a una actividad económica organizada y con fines comerciales, actividad que debe desarrollarse a través de uno o más establecimientos de comercio; mientras que el término ‘persona jurídica’

se refiere a una especie de persona, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, la cual puede ser de naturaleza pública, privada o mixta.

Cuando nos referimos a las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, incluimos a todas las corporaciones y fundaciones privadas, y a las sociedades civiles y comerciales. Es importante advertir sobre la existencia de las sociedades de economía mixta, consagradas en el artículo 461 del Código de Comercio y el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, constituidas como sociedades comerciales con aportes estatales y capital privado, y que, según artículo 38 parágrafo 1° de la Ley 489 de 1998, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, siempre que el porcentaje de participación del capital público sea superior al 90%. Debido a las particularidades propias de este tipo de persona jurídica, no harán parte del objeto de estudio del presente trabajo.

En Colombia, la actividad empresarial tiene dos actores principales, que son el Estado y el sector privado. Según un artículo de la revista Dinero (Dinero, 2019) el Estado Colombiano participa en 107 empresas, con un valor en el mercado cercano a 170 billones de pesos. Por su parte, la actividad empresarial del sector privado es llevada a cabo por las personas naturales y jurídicas, que, según la legislación comercial, tienen la calidad de comerciantes (artículo 10 del Código de Comercio).

Según estadísticas del Registro Único Empresarial y Social (RUES), que administra la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), para el año 2018 se encontraban vigentes 1'474.410 unidades productivas, de las cuales el 71,7 por ciento (1'057.150) eran personas naturales, mientras que el 28,3 por ciento (417.260) está compuesto por personas jurídicas (EL TIEMPO, 2018).

A pesar de que la proporción de unidades productivas organizadas como personas jurídicas es menor a la de personas naturales, se destaca que las personas jurídicas soportan una mayor tributación que las personas naturales. A este respecto, un artículo del diario económico y financiero La República del 11 de mayo de 2018, afirma que, según cálculos recogidos por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), mientras la renta de las personas naturales solo llega a 1.6% del PIB, la tributación corporativa directa corresponde con 5.7% del PIB.

Por ejemplo, en relación con el impuesto sobre la renta, el 85% del recaudo proviene de personas jurídicas, de las cuales alrededor de 3.400 son grandes contribuyentes que pagan el 67% del total del impuesto sobre la renta, mientras que las personas naturales solo son responsables del 15% de este gravamen (LA REPÚBLICA, 2018).

La importancia que tienen las empresas organizadas como personas jurídicas de derecho privado, no ha sido ajena al Estado colombiano, quien mediante la expedición de diversas leyes durante lo que va corrido del siglo XXI, ha tratado de generar y fortalecer la empresa y el empleo en el País, bien sea simplificando la constitución de sociedad comerciales, o creando beneficios para las nuevas empresas. De lo anterior, dan fe la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada SAS y la Ley 1429 de 2010 de formalización y generación de empleo.

b) Formas de colaboración empresarial.

Si bien los términos persona jurídica y empresa no son equivalentes, así como tampoco, la existencia de una empresa conlleva necesariamente la existencia de una persona jurídica, debido a que la actividad empresarial puede ser realizada por diversos actores, entre ellos, personas naturales, sociedades comerciales, sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros; es indudable que un gran número de empresas están organizadas y constituidas como personas jurídicas de derecho privado, razón por la cual, buena parte de las personas jurídicas de derecho privado son al mismo tiempo consideradas empresas. De ahí que la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, incluye en buena medida a la responsabilidad civil de las empresas colombianas.

Teniendo en cuenta lo anterior, y antes de entrar de lleno al estudio de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas, resulta importante repasar algunas de las formas en que las empresas desarrollan su objeto social a través de terceros, fenómeno conocido como procesos de tercerización laboral.

Los procesos de tercerización laboral se enmarcan dentro de las prácticas de flexibilización empresarial, que, según la literatura especializada, consiste en la capacidad de adaptación de las empresas. En este sentido es considerado lo siguiente:

Se entiende por flexibilidad la capacidad que pueden tener las organizaciones productivas para adaptarse o modificar rápidamente la mayoría de sus procedimientos y actividades según lo exijan las condiciones de un entorno que en los últimos años se revela más inestable e imprevisible. (Meulders D.; Wilkin L., 1987, como se cita en Valero, 1997, p. 61)

La tercerización es considerada como una de las herramientas de la gestión de las empresas, y es posible definirla como “el uso contratado de los recursos, bienes y capacidades de un tercero con niveles garantizados de los criterios de calidad,

rendimiento y valor frente al costo” (Bravard, 2007, p. 25, como se cita en Cobo, 2017, p. 9).

Es importante señalar que la tercerización como herramienta de la gestión empresarial, también es conocida como subcontratación, outsourcing, externalización, triangulación y deslaborización (De la Garza, 2012, p. 25, como se cita en Cobo, 2017, p. 9).

En realidad, todas estas denominaciones se refieren a una sola realidad, consistente en que las empresas entregan parte de sus procesos a terceros, que pueden ser personas naturales o jurídicas, quienes deben contar con autonomía técnica y administrativa para realizar los procesos en beneficio de la empresa. En este sentido, y respecto de la subcontratación en particular, se ha dicho que:

Se entiende la subcontratación como un acuerdo entre dos partes, una empresa o entidad y unos trabajadores de modo individual u organizados en grupos o en pequeñas empresas, con el fin de que estos realicen para la primera un servicio, proceso de producción o fase de éste.[...] (Valero, 1997, p. 60)

Ahora bien, el fenómeno de la tercerización, subcontratación o outsourcing, se encuentra delimitado en su funcionalidad por diferentes aspectos, unos técnicos y otros de tipos legal.

Frente al aspecto técnico, el uso de la subcontratación debe limitarse a cierto tipo de procesos, que no constituyen el eje central de la empresa, permitiendo que la empresa concentre sus recursos en lo que mejor sabe hacer, es decir, en aquellas actividades donde puede generar mayor valor. Conforme lo anterior, y siguiendo a Bastidas (2011, p. 148) encontramos que se trata de delegar en un tercero responsabilidades que no pertenecen a la esencia o el núcleo de la actividad empresarial.

Frente a los límites de tipo legal, la subcontratación es vista como una alternativa de mano de obra paralela al contrato laboral, razón por la cual, el ordenamiento jurídico a través de diferentes normas busca racionalizar su uso, de modo que la subcontratación no sea utilizada para desconocer derechos laborales de los trabajadores.

Para regular la subcontratación, se han establecido reglas jurídicas de diferente tipo, desde la solidaridad entre el beneficiario del servicio y el contratista respecto de los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan funciones misionales, es decir, propias de la empresa (artículo 34 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo), así como también, se han establecido sanciones y prohibiciones a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado con relación a las actividades de intermediación

laboral (artículo 3° del Decreto 2025 de 2011). En esta misma dirección, fue expedido del Decreto 583 de 2016, con el objeto de mejorar la inspección en materia laboral en aspectos como la subcontratación, tercerización e intermediación laboral.

A pesar de la regulación y restricciones que tiene la subcontratación en Colombia, de acuerdo con Cobo (2017, p. 37, 38) puede afirmarse que la subcontratación es una herramienta permitida, pero con importantes limitaciones legales que deben ser tenidas en cuenta por los empresarios, debido a que su abuso puede dar lugar a sanciones e indemnizaciones a cargo de las empresas.

En Colombia según la literatura especializada, y de acuerdo con Bedoya (2018, p. 103) la industria del *business process outsourcing* – procesos de tercerización – mueve cerca de 6.16 billones de pesos al año, con un crecimiento al 10,27% anual.

Es posible recurrir a la tercerización en diversas actividades, entre las cuales pueden contarse, la fabricación de partes o confección, servicios jurídicos y contables, recursos humanos y selección de personal, manejo de nómina y cartera, call centers, servicios de logística, servicios de software y bases de datos, servicios de aseo, seguridad, etc.

Es importante hacer un paréntesis en este punto, y es que además de la subcontratación empresarial, a la que nos hemos referido hasta el momento, también es posible entender la subcontratación como aquel contrato en el que una persona, natural o jurídica, asume una obligación contractual con el fin de satisfacer en todo o en parte las prestaciones de un contrato principal. En este sentido, y siguiendo a Hinestrosa (2007, pág. 536) puede afirmarse que el propósito de la subcontratación, sería la ejecución de un contrato principal por intermedio de un subcontratista.

Sin duda, la subcontratación como forma de tercerización empresarial, y la subcontratación como el fenómeno contractual propiamente dicho, son dos conceptos diferentes. Mientras que el primer concepto es un fenómeno asociado a la tercerización y a la externalización de procesos de la empresa, el segundo concepto tiene que ver con la posibilidad de que un contrato pueda ser ejecutado en todo o en parte a través de un subcontratista.

Ahora bien, además del fenómeno de la tercerización, existen otras formas de colaboración empresarial, entre las que se encuentran la agencia comercial, la concesión y los contratos de franquicia, entre otras. Cada una de estas formas de colaboración empresarial tienen sus propias características, y al igual que sucede con la tercerización, pertenecen a un conjunto de estrategias y herramientas de la gestión empresarial.

Con relación a la agencia comercial, tenemos que se trata de un contrato típico, debido a que se encuentra expresamente regulado en el artículo 1317 del Código de Comercio, que dispone lo siguiente:

Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. (Diario oficial No. 33.339 de 16 de junio de 1971)

Por otro lado, con relación al contrato de concesión, hay que advertir que existe un contrato de concesión estatal, regulado en el artículo 32 numeral 4º de la Ley 80 de 1993, sin embargo, nos referiremos al contrato de concesión privada como una de las formas de colaboración empresarial, el cual no cuenta con una definición legal, pero que según Muñoz (2010, p. 75) puede definirse como un sistema de distribución en el cual el concesionario se compromete a comprar una cantidad de bienes del fabricante para venderlos al consumidor. Este contrato, no se encuentra expresamente regulado por la legislación nacional.

Por último, tenemos el contrato de franquicia, y que puede definirse como:

Convenio en virtud del cual el titular de una empresa que ha desarrollado un establecimiento de comercio dotado de identidad suficiente para distinguirse de todos los demás competidores, otorga una licencia, limitada en el tiempo y el espacio, para que otro comerciante bajo su propio riesgo, replique dicho establecimiento para explotar el mismo ramo de negocios del establecimiento de franquiciante, a cambio de una retribución económica libremente convenida por ambas partes. (Ortega, 2005, p. 162, como se cita en Mosquera, 2010, p. 73)

Los contratos de agencia comercial, de concesión y franquicia, a diferencia de lo que sucede con la subcontratación empresarial, tienen como objeto entregar a ciertos terceros, llámese agente comercial, concesionario o franquiciado, la venta o prestación de bienes y servicios al consumidor final. No se trata por lo tanto de procesos de tercerización, sino mas bien de fortalecer las formas de distribución y comercialización de bienes y servicios a través de distintos canales. La vinculación que se genera entre las empresas debido a estas formas de colaboración empresarial puede ser tenida en cuenta a la hora de imputar responsabilidad civil a cualquiera de ellas, siempre que se

cumplan con los requisitos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual según sea el caso.

Tal como lo hemos visto, las personas jurídicas de derecho privado que ejercen una actividad empresarial, desarrollan su objeto social con la colaboración de otras personas, principalmente a través de sus propios trabajadores, pero también, con personas externas mediante procesos de tercerización laboral, dentro de los cuales se encuentra la subcontratación empresarial. Es necesario diferenciar la subcontratación como forma de tercerización laboral, de la subcontratación como aquella forma de cumplir un contrato principal a través de un subcontratista, debido a que son dos conceptos con naturaleza y alcance distintos.

Adicionalmente, existen otro tipo de contratos que le permiten a las personas jurídicas de derecho privado expandir la venta de bienes y servicios, tales como, los contratos de agencias comercial, concesión y franquicia. El presente trabajo de investigación se ocupa de la responsabilidad civil de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas.

II. Conceptos de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas.

a) Responsabilidad civil contractual Vs. responsabilidad civil extracontractual.

Se discute en la doctrina mundial acerca de la naturaleza dual o unitaria de la responsabilidad civil. La tesis dualista afirma que tanto la responsabilidad contractual, como la responsabilidad extracontractual, son sistemas de responsabilidad diferentes, y por lo tanto, requieren de un tratamiento y estudio por separado; mientras que, la tesis unitaria afirma que solo existe un sistema de responsabilidad civil, y que la responsabilidad contractual y extracontractual no requieren ser tratadas de forma separada.

También se constata en la doctrina, la existencia de una tesis intermedia entre las dos anteriores, que opta, tal como lo afirma Viney (2007, p. 332), por una dualidad morigerada, y que considera que no existen dos tipos de responsabilidad, sino una sola, pero compuesta de dos regímenes distintos, el régimen contractual y el régimen extracontractual, que tienen zonas comunes y otras independientes, pero que en todo caso ameritan un tratamiento diferenciado.

En la realidad colombiana, podemos constatar cómo ciertas áreas de la responsabilidad escapan a una clasificación acerca del régimen de responsabilidad aplicable. Así sucede con la responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la ley 1480 de 2011; la responsabilidad de los administradores, ley 222 de 1995; la responsabilidad ambiental, ley 1252 de 2008; y la responsabilidad de los constructores, ley 1796 de 2016. Estas regulaciones especiales no se interesan tanto por definir si los daños generados por tales actividades se enmarcan o no en una responsabilidad contractual o extracontractual, sino en regular íntegramente la responsabilidad generada en el desarrollo de dichas actividades.

Volviendo a la distinción entre los regímenes contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, se encuentra que la legislación civil colombiana, consagra en el artículo 1494 la denominada fuente de las obligaciones; distinguiendo el contrato o convención, de las otras fuentes. Así mismo, el título XII del libro cuarto del Código Civil, titulado ‘del efecto de las obligaciones’, recoge las normas que regulan la responsabilidad contractual; mientras que es el título XXXIV del libro cuarto del Código Civil, titulado ‘Responsabilidad común por los delitos y las culpas’, reúne las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

Es posible afirmar que uno y otro régimen de responsabilidad, se diferencian por su origen o fuente, ya que mientras la responsabilidad contractual tiene su origen en un acuerdo de voluntades, que debe ser válido; la responsabilidad extracontractual tiene su origen en el delito, cuasidelito, cuasicontrato, o en la ley. Sin embargo, la anterior distinción no implica que ambos regímenes de responsabilidad tengan una naturaleza distinta, ya que tal como lo afirma parte de la doctrina, “En los dos casos, se admite que una obligación (cuyo origen es contractual o legal) ha sido desconocida y que esta violación se encuentra en el origen de una nueva obligación, aquella de reparar el daño causado” (Viney, 2007, p. 332).

Aterrizando al análisis de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas, considero que una tesis intermedia resulta mas adecuada, ya que a pesar de que los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual tienen aspectos comunes, en nuestro sistema jurídico, ambos regímenes se encuentran regulados de forma distinta, y además, responden a fenómenos distintos.

Por lo anterior, encuentro más razonable abordar el estudio de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas de forma separada, y respetando la distinción entre el régimen contractual y extracontractual. Conforme lo anterior, al estudiar los requisitos de la responsabilidad por el hecho de otro, bien sea un dependiente o auxiliar, y al analizar el tratamiento que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas, me ocuparé primero de la responsabilidad extracontractual, y luego de la responsabilidad contractual.

b) Persona natural Vs. persona jurídica en la responsabilidad civil por el hecho de un contratista.

Esta clasificación de las personas en jurídicas y naturales, es de origen legal, y se refiere a una clasificación de los sujetos de derechos con capacidad para contraer derechos y obligaciones, tal como se consagra en los artículos 633 y 1502 del Código Civil, y artículos 12 y 99 del Código de Comercio.

Según esta clasificación, la constitución de las personas naturales y las personas jurídicas es totalmente distinta. Mientras que las personas naturales son todos los individuos de la especie humana, se considera que una persona jurídica es una ficción legal. Además, la persona jurídica tiene su origen, directa o indirectamente, en la capacidad legal que la ley les otorga a las personas naturales para constituir o crear entes jurídicos.

Para efectos del estudio de la responsabilidad civil por el hecho de un contratista, resulta importante preguntarse, ¿si la aludida tipología, tiene algún efecto sobre la responsabilidad del principal?; o en otras palabras, cuestionarse si el hecho de que el principal o comitente sea una persona jurídica o una persona natural amerita un tratamiento por separado de su responsabilidad; o si por el contrario, tal distinción resulta intrascendente a la hora de abordar el análisis de la responsabilidad civil por el hecho de un contratista.

Las normas encargadas de regular la institución de la responsabilidad civil no distinguen entre persona natural y persona jurídica. No obstante lo anterior, en materia de la responsabilidad civil extracontractual, se constata que la jurisprudencia sí le ha dado un tratamiento distinto a la responsabilidad civil por el hecho de un dependiente, según el civilmente responsable se trate de una persona natural o de una persona jurídica. De este modo, se sostiene que cuando se trata del daño causado por el dependiente de una persona natural, la responsabilidad del civilmente responsable se encuadra en los artículos 2347 inciso 5º, y 2349 del Código Civil, y su responsabilidad es por el hecho ajeno; mientras que si se trata del daño causado por el agente de una persona jurídica, la responsabilidad de la persona jurídica se encuadra en el artículo 2341 del Código Civil, y su responsabilidad es por el hecho propio (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 96).

La presente investigación se dedica exclusivamente al estudio de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas. No obstante lo anterior, es claro que buena parte de los conceptos y conclusiones de este trabajo resultan útiles y aplicables para tratar también la responsabilidad de las personas naturales por el hecho de sus contratistas.

No es un hecho superado, y mucho menos pacífico, el tratamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual de las personas jurídicas de derecho privado. Buena parte de la discusión ha girado en torno a determinar si la responsabilidad de la persona jurídica corresponde a un hecho propio, o a una responsabilidad por el hecho de otro.

La naturaleza ficticia de las personas jurídicas, conlleva la necesidad de que su voluntad sea exteriorizada a través de una persona natural. De este modo, tanto la capacidad legal, como el objeto social de las personas jurídicas, requieren del concurso de las personas naturales. En lo que se refiere a la capacidad legal de las personas jurídicas, entendida esta como el poder obligarse por si mismo, y sin el ministerio o autorización de otra, a diferencia de lo que sucede con las personas naturales; las personas jurídicas siempre requieren de un representante legal para que exteriorice su voluntad de obligarse.

En lo que respecta al desarrollo del objeto social de la persona jurídica, objeto social que no se limita a los actos de representación de la persona jurídica, ya que comprende actos y acciones de diferente naturaleza; también se requiere la concurrencia de otras personas naturales, las cuales, según sea el caso, serán consideradas como administradores, dependientes, agentes o colaboradores de la persona jurídica.

La naturaleza ficta de las personas jurídicas, y la necesidad de que concurren otras personas, bien sea para el ejercicio de su representación legal o para desarrollar su objeto social, ha generado dificultades a la hora de determinar la forma en que las personas jurídicas deben responder civilmente por los daños causados a otras personas, bien sea en el ámbito contractual o extracontractual. También se indaga y cuestiona acerca de la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad civil de las personas jurídicas.

Parte de la dificultad radica en que solo a partir del concepto de culpa organizacional, inaugurado en Colombia con las sentencias SC13925 del 30 de septiembre de 2016 y SC 9193-2017 del 28 de junio de 2017, ambas con el Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, se acepta que las personas jurídicas pueden cometer una culpa propia y con independencia de las personas naturales u órganos que la componen. Sin embargo, en la mayoría de los casos, cuando se trata de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, el hecho causante del daño tiene su sede inmediata en la acción u omisión de un agente o auxiliar de la persona jurídica, por lo cual se requiere de un criterio normativo de imputación de responsabilidad con el fin de hacerlas civil y patrimonialmente responsable de los daños causados a otras personas.

A lo anterior hay que sumar todos los casos en que un agente o auxiliar de la persona jurídica causa un daño en ejercicio de una actividad peligrosa, situación que incide en la determinación del hecho generador de la responsabilidad, debido a que en estos casos, siguiendo a Tamayo (2007, pág. 807) el ejercicio de una actividad peligrosa tiende a absorber los otros títulos de imputación de la responsabilidad.

c) Requisitos de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependiente.

En el caso colombiano, los artículos 2347 inciso 5° y 2349 del Código Civil, se encargan de regular la responsabilidad por el hecho de otro, en la modalidad de la responsabilidad por el hecho del dependiente. Así pues, tenemos que el artículo 2347 del Código Civil, en su inciso inicial, consagra el fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro, al disponer que: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias

acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.” (Dairio oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873)

El mismo artículo 2347 del Código Civil, en su inciso quinto, consagra la responsabilidad por el hecho otro, en la modalidad del hecho del dependiente. Al respecto la norma contiene lo siguiente: “Así, los directores de colegio y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.” (Dairio oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873)

Mientras que el artículo 2349 del Código Civil tiene la siguiente redacción:

Los (amos) responderán del daño causado por sus (criados) o (sirvientes), con ocasión de servicio prestado por éstos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los (criados) o (sirvientes) se han comportado de un modo impropio, que los (amos) no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos (criados) o (sirvientes). (Dairio oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873)

La sentencia de constitucionalidad C-1235 de 2005, confirmada por la sentencia C-1267 de 2005, sustituyeron la expresión ‘amos’ por la de ‘empleadores’, y la expresión ‘criados y sirvientes’ por la de ‘trabajadores’.

Antes de abordar el análisis de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, resulta importante mencionar que la responsabilidad por el hecho de otro es considerada como una responsabilidad indirecta. Sobre este tipo de responsabilidad civil, desde hace bastante tiempo la jurisprudencia nacional considera que la culpa de autor del daño coexiste con la culpa del civilmente responsable, este último responde con base en su propia culpa, culpa que consiste en la falta de vigilancia sobre el autor del daño. En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero de 1959, Magistrado Ponente Dr. Hernando Morales M., contiene lo siguiente:

En cierto modo no sería del todo exacto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno, pues quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, en el fondo no responde por el hecho de ésta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre el autor del daño debía ejercer. Su responsabilidad proviene de su culpa personal, y por eso está obligado a indemnizar; si se habla de responsabilidad por el

hecho ajeno es porque esa culpa constituye la causa mediata del daño, en tanto que el hecho dañoso implica la causa inmediata. (Gaceta Judicial XC, 1959, pág. 20)

Sobre su denominación como una responsabilidad indirecta, parte de la doctrina nacional considera que se trata de una denominación aceptada universalmente, sin embargo, sustentan tal conclusión en que se trata de una responsabilidad derivada de una obligación de garantía en cabeza del tercero civilmente responsable, situación que no corresponde con la realidad del ordenamiento jurídicos colombiano, que sin duda alguna, fundamenta la responsabilidad del tercero civilmente responsable en una culpa en la vigilancia. Al respecto la doctrina a la que se alude considera lo siguiente:

Aunque se ha discutido ampliamente si la responsabilidad que surge para el tercero civilmente responsable es directa o personal, ya se ha aceptado, casi universalmente, que esa responsabilidad no es directa. El argumento según el cual el tercero respondía directamente y personalmente por haber cometido una culpa en sus funciones de elección o vigilancia, culpa in eligendo o culpa in vigilando, como la denominaron los tratadistas del siglo anterior, ya fue superada. La conducta o hecho del tercero lo vincula por su condición de garante, porque garantiza ante el perjudicado el pago de la indemnización, pues aquel no debe asumir las consecuencias patrimoniales de hechos cometidos por otros. La persona encargada de la vigilancia o del cuidado garantiza que los daños que ocasiona quien debe cuidar, o vigilar, serán indemnizados, y por eso responde con su propio patrimonio, así pueda repetir en contra del verdadero causante del daño. (Martínez & Martínez, 2003, p.103)

Alejándome de la posición doctrinal que se acaba de anotar, considero que la responsabilidad por el hecho de otro es una responsabilidad indirecta, por el hecho de que el tercero civilmente responsable no corresponde con el autor del daño, sino con la persona que tiene bajo su cuidado al autor del daño. En este sentido el inciso 1° del artículo 2347 del Código Civil es dicente cuando expresa que: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.” (Dairio oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873).

El ordenamiento jurídico colombiano, para imputar responsabilidad civil extracontractual, distingue entre hecho propio y el hecho de otro. Cuando se responde frente a un hecho propio, la responsabilidad es directa, y cuando se responde por un hecho de otro, se dice que la responsabilidad es indirecta, pero bien sea que se responda

por un hecho propio o por el hecho de otro, la culpa sigue siendo el fundamento o título de imputación de la responsabilidad.

Ahora bien, tratándose específicamente de la responsabilidad por el hecho de un dependiente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XC, 1959, p. 17) ha entendido que tanto la responsabilidad de los empresarios por el hecho de sus dependientes, consagrado en el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil, como la responsabilidad de los empleadores por el hecho de sus trabajadores, consagrada en el artículo 2349 *ibídem*, se refieren, en términos generales, al mismo supuesto de hecho, y por lo tanto, se trata de normas complementarias.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de mayo 1939, Magistrado Ponente Dr. Arturo Tapias Pilonieta, consideró lo siguiente:

El caso 4° del artículo 2347 en cuanto a empresarios y dependientes se refiere, y el contemplado por el artículo 2349, orientados ambos por la misma idea, se complementan entre sí. El primero hace responsable a los empresarios del hecho de sus dependientes, mientras estén bajo su cuidado; y el segundo a los amos del hecho de sus sirvientes con ocasión del servicio que presten; pero empresarios y empleadores dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medio de prever e impedir el hecho. (Gaceta Judicial XLVIII, 1939, p. 28)

Parte importante de la doctrina nacional está de acuerdo con esta idea, y considera que no existe una diferencia sustancial entre ambos preceptos normativos, en tal sentido Tamayo (2007), anota lo siguiente:

El artículo 2347 del Código Civil consagra específicamente la responsabilidad de los empresarios, personas naturales, por el hecho de sus dependientes mientras estos estén bajo su cuidado. El artículo 2349 del mismo Código consagra la responsabilidad de los amos por los daños causados por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por éstos. Generalizando un poco y teniendo en cuenta que los casos contemplados en el artículo 2347 no son taxativos, podemos afirmar que todo aquel que utiliza los servicios de una persona en virtud de una relación legal o contractual es presunto culpable de los daños causados en forma ilícita por la persona que presta sus servicios al empleador. (p. 749)

En la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, y siguiendo a Martínez & Martínez (2003, p. 118) la víctima debe probar los requisitos básicos de la

responsabilidad extracontractual: un hecho, el daño, y el nexo de causalidad entre ambos, además, debe probar la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el autor material y el tercero civilmente responsable.

Siguiendo la jurisprudencia nacional (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 443) es precisamente ese vínculo de dependencia lo que explica la responsabilidad en cabeza de una persona por el hecho de otra, llamada dependiente.

La importancia que tiene el vínculo de dependencia o subordinación entre el principal y su dependiente, radica precisamente en que sin la existencia de dicho vínculo, resultaría imposible imputar responsabilidad en cabeza del principal. Es el deber de vigilancia que existe en cabeza del principal con relación a su dependiente, lo que justifica que una persona sea llamada a indemnizar un daño que no ha causado de manera directa e inmediata.

En ese sentido, Tamayo (2007) apunta que:

Ello significa que en los ejemplos planteados al principio de este número, todos los daños comprometen la presunción de culpabilidad establecida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sin necesidad de entrar a discutir si el acto dañino fue producido en el ejercicio de la función encomendada o con ocasión de ésta última. Lo que en Colombia genera la responsabilidad por el hecho ajeno no es el que se haya cumplido una función en forma ilícita, sino el hecho de que el dependiente haya causado el daño mientras estaba bajo el cuidado y autoridad del patrono o empleador. Es la posibilidad de vigilancia y subordinación lo que genera la presunción de culpa contra el patrono. (p. 768)

Sobre la importancia de esta obligación de vigilancia y cuidado, los doctrinantes Martínez & Martínez (2003) consideran que:

Inserta en una norma que no le dio la importancia que tenía la responsabilidad civil de los empleadores por los hechos dañosos cometidos por los trabajadores, es esta una de las manifestaciones más concretas de las obligaciones de vigilancia y cuidado que estos deben tener en relación con sus trabajadores. (p. 116)

El incumplimiento de esta obligación de vigilancia, es el fundamento legal de la responsabilidad del principal por aquellos daños cometidos por su dependiente, y que en el caso colombiano, se trata de una culpa presunta que admite prueba en contrario, a diferencia de lo que sucede en Francia, donde según Josserrand (1999, p. 76) la presunción de culpa en cabeza del principal se trata como una presunción legal

absoluta, no desvirtuable, con excepción de la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima, o de cualquier causa extraña.

Profundizando sobre el tratamiento francés de la responsabilidad civil extracontractual del comitente por lo daños causados por sus dependientes, encontramos que esta responsabilidad tiene un fundamento distinto al de los otros supuestos de responsabilidad por el hecho de otro, consagrados en la legislación foránea, en el sentido de que no le basta al comitente probar la ausencia de culpa personal para liberarse de la responsabilidad. En este sentido la doctrina extranjera apunta que:

Una visión general del art. 1.384 C.c., como la que se está haciendo, exige referirse a un último aspecto, cual es el que los supuestos allí recogidos no obedecen a un mismo criterio de atribución de la responsabilidad. En efecto, la responsabilidad de los padres y artesanos reposa sobre una presunción de culpa, pudiéndose aportar la prueba de no haber podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad; la responsabilidad de los maestros se exige, tras la reforma legislativa de 5 de abril de 1937 que modificó las reglas de la prueba, conforme el art. 1.382 C.c., esto es, debiendo la víctima probar la culpa del maestro; y la responsabilidad del comitente no tiene su razón de ser en una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, sino que, por el contrario, se exige aunque prueben no haber podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad. (Barcelo, 1995, p. 90)

Según lo anterior, en el derecho francés el fundamento de la responsabilidad del comitente por el hecho de su dependiente no correspondería con la idea de culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sino más bien, con la idea del riesgo o de una garantía. Al mismo tiempo se considera que solo la responsabilidad del comitente por el hecho de un dependiente se trata verdaderamente de una responsabilidad por el hecho de otro, mientras que las otras hipótesis de responsabilidad por el hecho de otro, bien sea que se trate de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos, o la responsabilidad de los artesanos y maestros por el hecho de sus aprendices, son extensiones de la típica responsabilidad por el hecho propio, en este sentido el autor que se acaba de citar menciona que:

Consciente de tales diferencias, PLANIOL apuntaba que sólo en el caso del comitente hay una verdadera responsabilidad por hecho de otro. En los restantes casos, considera que se responde por hecho propio; no se aplica el principio excepcional formulado en el art. 1.384.I C.c. sino que se trata, más bien, de una aplicación, muy legítima y exacta, del

principio general del art. 1.382 C.c.: quien causa daño a otro *por su propia culpa* debe repararlo, pero existe una cosa excepcional en el art. 1.384 C.c., como es la *presunción de culpa*, que le confiere un gran valor práctico (Barcelo, 1995, p. 90).

A pesar de que en Colombia, la presunción de culpa sobre el principal por el hecho culposo de su dependiente es desvirtuable, parte de la doctrina nacional, siguiendo a Tamayo (2007, p. 698) ha considerado que la forma de desvirtuar la presunción de culpa en cabeza del principal o comitente, debe ser de cara a la situación concreta del daño, demostrando que el comitente ejerció la vigilancia debida, y que aun así le fue imposible evitar la ocurrencia del daño. En este sentido, se trata de una prueba positiva consistente en haberse impartido una buena vigilancia. A este respecto se dice que:

Como puede observarse, a fin de lograr la exoneración se exige no ya la prueba legislativamente prevista de haber sido incapaz de impedir el hecho (prueba negativa), sino aquella de haberse impartido una buena vigilancia (prueba positiva). En efecto, si la presunción contra la civilmente responsable pesa por mala vigilancia, ésta se desvirtuará estableciendo lo contrario, es decir, que se ha vigilado en forma adecuada al responsable directo (Fernández, 2003, p. 235).

En cambio, otra parte de la doctrina nacional, según Martínez & Martínez (2003, pág. 120) considera que basta con que se demuestre una diligencia razonable y adecuada para desvirtuar la presunción de culpa que pesa sobre el principal.

Con relación a la fuerza que tiene la presunción de culpa en cabeza del principal o comitente, en el ordenamiento jurídico español, donde la responsabilidad por el hecho del dependiente tiene normas parecidas a las nuestras, encontramos que la Jurisprudencia ha ido incrementando el grado de diligencia en cabeza del principal, al punto que resulta bastante difícil que el empresario logre desvirtuar la presunción de culpa en su contra. En este sentido se afirma:

La <<vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario>> impregna a esta responsabilidad de un indudable matiz objetivista. Esta objetivación, según señala el propio TS, tiene su razón de ser en la necesaria protección de la víctima de daños. Es, en definitiva, una forma de ser coherentes con el nuevo principio que inspira el moderno Derecho de daños: el principio *pro damnato*. Si el empresario pudiese librarse de responsabilidad con facilidad, esta mayor protección de los perjudicados quedaría frustrada. Son <<razones de convivencia social>> las que motivan esta tendencia. El

instrumento técnico empleado es el relativo al campo probatorio, haciendo extraordinariamente difícil la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (Barcelo, 1995, p. 186).

La culpa que se presume en cabeza del principal o comitente, tuvo en principio dos modalidades, culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*; sin embargo, autores como Tamayo (2007, p. 750) consideran que la culpa *in eligendo* se encuentra en desuso, debido a que actualmente muchos empleadores no tienen la posibilidad o deciden delegar voluntariamente la escogencia de sus dependientes.

También sería posible afirmar que a pesar de que el principal hubiera hecho una mala elección de su dependiente, de haberse realizado una adecuada vigilancia, el daño no se habría causado, y por lo tanto, el verdadero y único fundamento de la responsabilidad por el hecho de un dependiente descansa sobre la culpa en la vigilancia, y no en una culpa en la elección. En definitiva, se constata que la culpa en la elección como factor de atribución de la responsabilidad por el hecho del dependiente ha perdido protagonismo.

Siguiendo a Tamayo (2007, pág. 689) la culpa que se atribuye al principal por el hecho dañino de su dependiente, es una culpa mediata o refleja, que se presume una vez se encuentren probados los demás elementos de la responsabilidad. Mientras que la culpa del dependiente, autor directo del daño, no se trata de una culpa presunta, y deber ser probada por la víctima.

En materia contractual, el artículo 1730 del Código Civil establece una presunción de culpa en cabeza del deudor cuando se trata de la pérdida de un cuerpo cierto que se encontraba en su poder. En estos casos se presume que la pérdida del cuerpo cierto ha sido por hecho o culpa del deudor, presunción que abarca a cualquier agente o dependiente del deudor.

Conforme la jurisprudencia colombiana, la culpa del principal por el hecho del dependiente es tratada como una culpa presunta, y por lo tanto, la víctima no tiene la carga de su prueba. La doctrina española, al tratar la presunción de culpa del principal, ha considerado que se trata de una doble presunción, debido a que no solo se presume la culpa del principal, sino también la relación de causalidad entre su conducta culposa y el daño. En este sentido se apunta:

Interesa señalar que la víctima no sólo está dispensada de probar la culpa del empresario, sino también la relación de causalidad entre su conducta culposa y el daño cuyo autor

directo es el dependiente. Aunque el Código civil no lo diga expresamente, hay que entender que nos encontramos ante una doble presunción. Por una parte, se presume la culpa (*in eligendo* o *in vigilando*) del empresario y, por otra, el nexo de causalidad entre esa culpa y el daño del que es autor inmediato el dependiente (Barcelo, 1995, p. 184).

Es preciso aclarar que a diferencia de las presunciones de culpa y causalidad en favor de la víctima, que se acaban de mencionar, la relación de dependencia no se presume, y debe ser probada por la víctima. Debe recordarse que el núcleo de la responsabilidad por el hecho de un dependiente descansa en la obligación de vigilancia a la cual nos referimos arriba, siendo precisamente la infracción a dicho deber de vigilancia lo que justifica la responsabilidad por el hecho del dependiente.

Otro elemento de la responsabilidad civil por el hecho de un dependiente, consiste en la conexión que debe existir entre el daño y la función que se desempeña en provecho del principal, conexión que ha sufrido una evolución jurisprudencial, y que tal como veremos más adelante, se verifica incluso en aquellos casos en que el dependiente excede la función encomendada.

En conclusión, tenemos que la víctima en la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, debe probar los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual, y que según la doctrina consisten en el hecho, el daño, y el nexo de causalidad (Martínez & Martínez, 2003, p. 118). Pero también debe probar los elementos específicos de este tipo de responsabilidad, los cuales consisten en la relación de dependencia o subordinación entre el principal y el dependiente, la conexión entre el daño y la función, y por último, la culpa del dependiente.

Una vez probados los anteriores elementos o requisitos, se presume que el daño fue debido a la falta de vigilancia por parte del principal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, consideró lo siguiente:

En esas condiciones, es dable concluir que tratándose de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, el tercero está obligado a indemnizar cuando se encuentran demostrados los presupuestos generales que configuran la responsabilidad extracontractual, a saber, el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro, por un lado, y por el otro la relación de dependencia con el causante del daño, relación de dependencia que, como se ha explicado a espacio líneas atrás, no habrá de estar ligada en forma concreta a una clase especial de contrato, sino que supone, única y exclusivamente,

una situación de autoridad o de subordinación adecuada. (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 438)

Con base en lo anterior, la relación de dependencia es el requisito principal de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, por lo cual, pasaremos a su análisis.

1. Relación de dependencia o subordinación.

La responsabilidad extracontractual del principal o comitente por el hecho del dependiente, entendida, como la obligación indemnizatoria que surge en cabeza del tercero civilmente responsable a raíz del daño causado por su dependiente, tiene origen en una relación de dependencia o subordinación que une al principal o comitente con el dependiente, y en razón de la cual, surge para el principal una obligación de vigilancia sobre la conducta de su dependiente. Según Reglero (2008, p. 1016) la doctrina suele justificar la responsabilidad del llamado a responder, con fundamento en la relación de subordinación o dependencia que existe entre el autor material del daño y el tercero civilmente responsable.

Cuando el dependiente en ejercicio o con ocasión a sus funciones causa un daño a un tercero, se presume que el principal ha cometido una culpa consistente en una falta en la vigilancia sobre la conducta del dependiente, culpa que al mismo tiempo es considerada como la causa remota del daño.

Sin duda alguna, también es necesaria la culpa del dependiente, que se considera la causa inmediata y directa del daño; mientras que la culpa del principal se trata de una culpa surgida en razón del deber de vigilancia. En otras palabras, la culpa del dependiente es necesaria, pero resulta insuficiente para imputar responsabilidad en cabeza del principal, y al igual que sucede con los demás elementos de la responsabilidad, tomados de forma aislada todos son necesarios, pero ninguno, por si solo, es suficiente para configurar la responsabilidad.

En definitiva, la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho de un dependiente, exige una culpa por parte del principal, que consiste en el incumplimiento del deber de vigilancia sobre la conducta del dependiente. En el sistema jurídico colombiano, la culpa del principal se trata como una culpa presunta. Es por esta razón que parte de la doctrina ha opinado que el término de responsabilidad indirecta, para referirse a la responsabilidad por el hecho de otro, es imprecisa, ya que todos los factores de imputación de la responsabilidad, bien sea por el hecho propio, por el hecho de otro, por el hecho de las cosas, o por el ejercicio de actividades peligrosas, exigen

del llamado a responder una culpa, probada o presunta, según cada caso. Con base en lo anterior, la responsabilidad civil siempre sería directa. En este sentido se ha dicho:

En la responsabilidad por el hecho ajeno, el daño lo causa el directamente responsable (entendido como tal, la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa el daño a un tercero), por quien debe responder el demandado como civilmente responsable (persona que tiene a otra bajo su cuidado). Entendido así se generaría, como su nombre lo indica, una responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. Sin embargo, se ha sostenido por numerosas doctrinas que en el fondo se trata de una verdadera responsabilidad directa o por el hecho propio. En efecto, las personas declaradas responsables por el hecho ajeno (civilmente responsables), tales como los padres, los directores de colegios etc, sujetos a reparar los daños causados por sus hijos, alumnos etc (directamente responsables), tienen normalmente una parte en la realización del perjuicios (vigilancia insuficiente), por tanto, si bien la causa última del daño es el hecho del menor, el legislador lo que sanciona es el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que en el fondo significaría que éste responde no por el hecho ajeno sino por su hecho personal, pues es responsable, en tanto que incumple la obligación derivada del deber de vigilancia y control. (Fernández, 2003, p. 232, 233)

La importancia radica en determinar en qué casos nace la obligación de vigilancia en cabeza del principal, puesto que solo en estos casos es posible advertir la existencia de este tipo especial de responsabilidad. En este sentido, la noción de dependencia entra a jugar un papel fundamental en la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho del dependiente.

En derecho, según la Enciclopedia Jurídica (2014) el término ‘dependencia’ se refiere a la idea de control, reconocimiento de autoridad o poder, sujeción o subordinación. Se trata entonces de un concepto relacional, en el sentido que conecta a un sujeto con otro sujeto u objeto; por lo cual, es válido afirmar, que alguien tiene dependencia a algo o alguien, y en ese sentido, podremos referirnos a este fenómeno, como una ‘relación de dependencia’.

Sintetizando, podemos afirmar que solo en aquellos eventos en los cuales se constate una relación de dependencia entre el principal y el causante del daño, podemos afirmar que se cumple con este requisito indispensable para que surja la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente. En este sentido, sin importar la denominación que tenga el agente causante del daño, para efectos de la responsabilidad civil, será considerado como un dependiente del principal.

Sobre el alcance y naturaleza jurídica de la *'relación de dependencia'*, la doctrina foránea, ha entendido con claridad que el vínculo de dependencia no se refiere exclusivamente a un vínculo laboral, al respecto Pizarro & De la maza (2006) afirman:

La doctrina y jurisprudencia exigen de manera unánime la concurrencia de un vínculo de subordinación entre el dependiente y el empresario. Este vínculo no debe ser necesariamente un vínculo laboral, como se exigía de antaño, sino que basta que exista autoridad y dirección del empresario respecto de las actividades ejecutada por el dependiente (p. 140).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 15 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, respecto de la relación de dependencia consideró lo siguiente:

Puestas en este punto las cosas, debe hoy volverse a reiterar que esa relación de dependencia influyente para efectos del Art. 2347 del C. Civil, es una noción de muy holgado espectro que no es dado reducir a ciertas modalidades de contratación como podrían ser, por ejemplo, las que regulan la legislación sustantiva del trabajo o, en el plano civil, el arrendamiento de servicios personales. Es por el contrario y para decirlo con apoyo en las enseñanzas de un afamado expositor (Louis Josserand. Derecho Civil. Tomo II, Vol. 1º. Cap. II, Núm. 508), una situación jurídica genérica donde una persona, en su propio interés y conservando la autoridad suficiente para orientar la actividad, vigilarla y controlarla, le encarga a otra el ejercicio de una función, de una empresa o de una tarea cualquiera, así no exista entre ambas vínculo contractual alguno de trabajo puesto que, se repite, a los efectos del Art. 2347 del C. Civil el concepto de “subordinación o dependencia” no supone necesariamente de una fuente de esa clase como lo entendió con acierto el juzgador de segunda instancia en el fallo cuya casación aquí se persigue, y tampoco hace desaparecer la responsabilidad instituida en el precepto tantas veces mencionado, el que la designación del encargado la haya efectuado un tercero distinto del principal. Lo que en verdad importa es, entonces, que para obrar el autor material del daño haya dependido de una autorización del empresario civilmente responsable, luego es claro que la “dependencia” por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, independientemente de que esa labor origen del evento dañoso tenga o no propensión de continuidad y sin que, de igual forma, sea

necesaria la existencia de retribución para quien presta el servicio (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 441,442).

Tenemos entonces, que la relación de dependencia responde a una situación en la que se constata que una persona ejecuta una actividad en favor de otra, conservando esta a su vez, autoridad y control sobre la actividad. Sin embargo, no siempre quien conserva autoridad y control sobre una actividad ajena lo hace en beneficio propio, en estos casos, tal como lo veremos más adelante, quien ejerce autoridad y control sin ser beneficiario de la actividad será responsable por el hecho propio, con base en una culpa probada, mas no por el hecho ajeno, ni con base en una culpa presunta.

Existen otros casos, en los que una persona actúa con base en una orden legítima de autoridad competente, hipótesis prevista en el artículo 32 numeral 4° del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Parte de la doctrina nacional, según Tamayo (2007, p. 158) considera que en estos casos se trata de una causal de justificación que rompe el nexo de imputación jurídica entre la culpa del autor directo del daño y el daño causado por éste; y por lo tanto, será la autoridad competente que emitió la orden la llamada a responder patrimonialmente por el daño causado, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Con relación a la legitimidad de la orden de autoridad competente, cierta doctrina apunta lo siguiente:

La orden del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mandado es legítimo y el subordinado obre conforme a los deberes que la ley le impone. Cuando concurren ambos requisitos, el daño causado queda legitimado por la lícita conducta de su ejecutor. En tal caso, hay causal de justificación. En realidad, la obediencia jerárquica no es más que un caso particular de otra más amplia causa de justificación, la ejecución o cumplimiento de la ley (Cuello, 1974, p. 380).

A pesar de lo anterior, considero que en muchos casos el daño puede ser causado por la forma en que el autor material ejecuta la orden legítima de la autoridad competente, más que en razón de la orden en sí misma considerada. En estos casos, el daño tiene una relación de causalidad con la forma con que la orden es ejecutada o cumplida por el autor material, y por lo tanto, sería posible predicar la responsabilidad civil en cabeza del autor, siempre y cuando se logre acreditar la existencia de una culpa personal, junto con los demás requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

En todo caso, a pesar de que resulta importante analizar la responsabilidad civil en cabeza de la autoridad competente que emite una orden legítima en cuya ejecución se causa un daño, es importante aclarar que en el caso colombiano, la responsabilidad civil

del Estado es tratada bajo unos parámetros distintos, por lo cual, en casos como estos, la responsabilidad de la autoridad competente debe ser analizada bajo la óptica de los títulos de imputación propios de la responsabilidad patrimonial del Estado, y que son: falla en el servicio, riesgo excepcional o daño especial. Dicho análisis escapa a los propósitos del presente trabajo.

Volviendo al análisis de la relación de dependencia, cuando se trata de la relación laboral entre un empleador y su trabajador, el elemento de la subordinación es esencial. En estos casos, los poderes de dirección y control por parte del empleador sobre el trabajador se configuran por mandato legal; en cambio, en otros tipos de contratos, será necesario constatar la existencia de la relación de dependencia, según la naturaleza del contrato y las circunstancias particulares que lo rodean. Es importante aclarar que el hecho de que la escogencia del dependiente sea realizada por una persona distinta del principal, no excluye, ni impide la configuración de una relación de dependencia.

Es precisamente en esos otros tipos de contratos, diferentes al contrato laboral, donde la doctrina se cuestiona con mayor interés, si se configura o no, una relación de dependencia. Siguiendo a Barcelo (1995, p. 220) esta cuestión se plantea fundamentalmente, en el campo contractual, en aquellos contratos sobre prestación de actividades en servicio ajeno, entre los que se cuentan, además del contrato laboral, los contratos de arrendamiento de servicios, el contrato de obra, el contrato de transporte, el mandato y la mediación entre otros.

En el ámbito nacional se constata el mismo interés. Martínez & Martínez (2003, p. 119) se cuestionan si la dependencia que caracteriza el vínculo entre el causante del daño y el tercero civilmente responsable debe ser laboral únicamente o de otra índole, frente a lo cual, consideran que relación de dependencia sí puede ser de una índole distinta a la laboral, siempre y cuando imponga una obligación de vigilancia y cuidado en cabeza del tercero civilmente responsable sobre la conducta del dependiente, y dicha relación tenga alguna vigencia en el tiempo.

Con relación a la figura del principal, o tercero civilmente responsable, deben constatarse dos requisitos: por un lado, que se trate del beneficiario de la actividad; y por el otro, que tenga autoridad y control sobre la actividad desarrollada por el dependiente, bien sea de forma directa o por delegación. La concurrencia de estos dos requisitos, beneficio y control, es lo que caracteriza la figura del principal en la responsabilidad por el hecho de un dependiente.

Con relación al beneficio que debe reportar la actividad en cabeza del principal, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 441) al analizar los requisitos que debe probar la víctima cuando pretende la declaratoria de

responsabilidad en cabeza del principal o tercero civilmente responsable, ha considerado que resulta necesario demostrar que en la actividad causante del daño, el dependiente o autor material, puso en práctica una determinada función para servicio y utilidad del principal.

Respecto de la autoridad y control que debe existir en cabeza del principal con relación a la actividad desarrollada por el dependiente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XC, 1959, p. 20) ha entendido que dicha autoridad y control pueden provenir de la ley, del contrato o de una situación de hecho.

Se requiere entonces que el principal sea el beneficiario final de la actividad desarrollada por el dependiente, o en otros términos, que dicha actividad sea realizada por cuenta del principal, y que al mismo tiempo, dicha actividad esté sometida a las instrucciones o dirección del principal, siendo el poder de dirección y control, lo que caracteriza la relación de dependencia entre el principal y dependiente. Sobre este asunto, parte de la doctrina extranjera considera lo siguiente:

Cuando el art. 1.903.IV C.C. es aplicado, encontramos siempre una actividad que un sujeto realiza por cuenta de otro. Pero esta sola circunstancia no es suficiente, ya que se requiere también que esa actividad este sometida a las instrucciones o dirección de esa otra persona. Si bastase el desempeño de una actividad por cuenta de otro, sería responsable *ex art. 1.903.IV C.c.* todo aquel para quien otro trabajase, debiéndose incluir, por ejemplo, la responsabilidad del cliente por la conducta del abogado, caso éste en el que no se da la relación de dependencia. El trabajo por cuenta ajena, pero sin dependencia, queda fuera de la norma. [...] (Barcelo, 1995, p. 210).

Lo anterior ha tenido importancia para identificar la persona sobre quien debe recaer la presunción de culpa en la responsabilidad por el hecho del dependiente. En aquellos casos en los que se constata la existencia de un sujeto que ejerce autoridad y control sobre la labor de un dependiente, no en beneficio propio, sino de otro, tal como sucede con la figura del supervisor o jefe de personal, quien se encarga de vigilar los trabajadores de la empresa, se ha considerado que este solo hecho no hace presumir la responsabilidad en cabeza del supervisor o jefe de personal por los daños causados por un dependiente, ya que tal responsabilidad solo se presume sobre el empleador. En este punto Tamayo (2007) afirma lo siguiente:

Es pues el empleador, persona natural (más adelante *infra*, T. I, 678 y ss., veremos el régimen aplicable a las personas jurídicas), quien se presume culpable de los daños

causados por los dependientes que están a su servicio. Y no importa que, de hecho, el empleador no visite o no ejerza el control de vigilancia ni dé las órdenes a quien haya causado el daño, lo que importa es que en virtud de las relaciones jurídicas que el empleador tiene con sus dependientes, éstos estén bajo su cuidado y subordinación, así, de hecho, esa autoridad y esa capacidad de subordinación la delegue el patrono en supervisores o en jefes de personal (p. 759).

Sobre la definición del término empresario, Martínez & Martínez (2003) apuntan lo siguiente:

El término empresario, tiene un significado específico en el campo laboral y debe entenderse como la persona que dirige una empresa, una factoría, y que, por tanto, goza de la facultad jurídica de dar órdenes o instrucciones con carácter obligatorio. Otras legislaciones utilizan término parecidos: director de empresas, empleadores, comités, etc., que significan siempre la persona facultada para ordenar y disponer (p. 116).

No quiere decir lo anterior, que el supervisor o jefe de personal tenga inmunidad frente a la responsabilidad que pueda surgir en razón del daño causado por un dependiente que se encontraba bajo su vigilancia. Lo que sucede en estos casos, es que la responsabilidad de quien tiene control y vigilancia, pero no es beneficiario de la función, tal como sucede con el supervisor o jefe de personal, es una responsabilidad por el hecho propio, con fundamento en una culpa probada y no presunta.

Cuando la relación de dependencia se verifica en contratos de naturaleza civil, tales como un mandato, un contrato de arrendamiento de obra, o un contrato de prestación de servicios, etc. En estos casos, es posible preguntarse ¿qué sucede cuando el daño no ha sido causado por el contratista directo, sino por un subcontratista? y ¿cómo se aborda en estos casos la responsabilidad por el hecho del dependiente respecto del beneficiario de la obra o servicio, y respecto del contratista directo?

Considero, que en estos casos, siempre y cuando exista autoridad y control en cabeza de ambos, beneficiario de la obra o servicio y contratista directo, se da una subordinación compartida, debido a que ambos se benefician de la labor que ejecuta el subcontratista, razón por la cual, sobre ambos recae la presunción de culpa de la responsabilidad por el hecho del dependiente. Responsabilidad que siguiendo el artículo 2344 del Código Civil, será solidaria entre el beneficiario de la obra o servicio y el contratista directo, debido a que si bien es cierto, que la presunción de culpa que recae en cabeza de cada uno de ellos es independiente, ambas presunciones de culpa están en conexión directa

con una única culpa, que en el caso concreto, corresponde a la culpa cometida por el subcontratista, la cual es causa directa e inmediata del daño. En este sentido, en la doctrina extranjera se sostiene que: “Por esta causa, se ha aceptado que la responsabilidad indirecta puede ser solidaria si son varias las persona que a un mismo tiempo tienen a su cuidado al autor del daño” (Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno, como se cita en la Gaceta Judicial XC, 1959, p. 22).

Caso distinto se da cuando un empleador cede a otra persona, a cualquier título, los servicios de un dependiente, es decir, cuando el empleador original le ordena a su dependiente que se ponga al servicio de otra persona, en esos casos según lo trata Tamayo (2007, pp. 760, 761) bien puede presentarse una subordinación desplazada o una subordinación compartida, todo será cuestión de hecho, siendo imposible hacer una regla general para todos los casos.

Según el autor que se acaba de comentar, se pueden presentar varias hipótesis, por lo cual, sería necesario constatar en cada caso, quien tiene el poder de dirección y control sobre el dependiente. Si el empleador original conserva toda la dirección del dependiente, no existe desplazamiento de la subordinación; pero si ambos, empleador original y la persona a quien se ceden los servicios de un dependiente, conservan la dirección sobre el dependiente, estamos frente a una subordinación compartida, con la sabida consecuencia de la solidaridad; o en última instancia, sí solo la persona a quien se ceden los servicios del dependiente tiene dirección y control sobre el dependiente, se da un desplazamiento de la subordinación. En este sentido, el autor colombiano afirma que:

Quando el dependiente queda totalmente bajo las órdenes y la autoridad del empleador transitorio, entonces el patrono habitual no se presume culpable a la luz del artículo 2347 o del artículo 2349 del Código Civil, y es el empleador transitorio quien se presume culpable de esos daños, pues éstos se produjeron mientras el trabajador que los causó estaba bajo su cuidado (Tamayo, 2007, p. 760).

Considero que la razón de ser del fenómeno del desplazamiento de la subordinación, consiste en que la presunción de culpa de que tratan los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por una mala vigilancia sobre la actividad del dependiente, solo es atribuible a quien efectivamente tiene la dirección y control sobre el dependiente. Dirección y control, que bien puede encontrarse en una persona distinta de quien ostenta la calidad formal de empleador.

Por otra parte, en aquellos contratos en lo que se configura una estipulación a favor de otro, es válido cuestionarse si es posible que el beneficiario resulte responsable por el hecho de un dependiente. Tal como se viene exponiendo, todo dependerá si en el caso concreto, el beneficiario tiene algún tipo de autoridad y control sobre la actividad que se desarrolla en su favor, ya que solo en dicho caso, habría lugar a imputar responsabilidad por el hecho del dependiente en cabeza de el beneficiario.

En la responsabilidad que venimos tratando, la relación de dependencia tiene como fundamento los poderes de control y dirección, poderes que resultan ser la contrapartida del deber de vigilancia. En este punto, la responsabilidad por el hecho del dependiente, encuentra similitud con la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Ambos tipos de responsabilidad tienen en sus bases los poderes de control y dirección como nota esencial.

En la responsabilidad por el hecho del dependiente, se trata de la figura del principal o tercero civilmente responsable, mientras que, en la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, se trata de la figura de el guardián, en ambos tipos de responsabilidad, los resultados positivos y negativos de la actividad recaen sobre el principal o el guardián, según se trate, de una responsabilidad por el hecho de un dependiente, o de una responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

Por lo anterior, es posible afirmar que, al igual que sucede con la guarda en la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas, en la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente pueden presentarse fenómenos de subordinación compartida, así como de desplazamiento o fraccionamiento de la subordinación. Lo que interesa en últimas, es determinar en cabeza de quien reposaba la obligación de vigilancia al momento en que el dependiente causó el daño, obligación de vigilancia que, recapitulando, puede encontrarse en cabeza del empleador tradicional, o en cabeza de un tercero para quien el dependiente se encuentre transitoriamente prestando un servicio, o incluso en cabeza de ambos.

Se cuestiona también, si es necesario que el dependiente sobre el cual se ejerce control y dirección debe tratarse exclusivamente de una persona natural, como requisito para que se configure la relación de dependencia, y por ende la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente. Es decir, se interroga sobre ¿qué sucede cuando la dirección y control no se ejerce frente a una persona natural, sino frente en una persona jurídica?

Aceptar que el dependiente debe ser necesariamente una persona natural para que opere la responsabilidad por el hecho del dependiente, claramente representa un obstáculo

para este tipo de responsabilidad. Esta y otras dificultades podrían solucionarse desde la perspectiva del riesgo creado, aspecto sobre el cual se tratará más adelante.

También se constata una divergencia de criterios sobre la fuente de la obligación de vigilancia, que surge en razón de la relación de dependencia. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XC, 1959, p. 20) ha admitido que la obligación de vigilancia puede emanar de la ley, la convención o una mera situación de hecho. Por otra parte, autores como Martínez & Martínez (2003) consideran que es imperativo constatar la existencia de una fuente legal o convencional para acreditar la relación de dependencia. Al respecto los mentados autores afirman lo siguiente:

Se ha cuestionado si la dependencia debe ser de derecho o basta simplemente la dependencia de hecho para originar la responsabilidad. Todo parece indicar que la dependencia no puede ser únicamente de hecho. Deben existir contratos, convenciones (no necesariamente escritas) o normas que impongan la obligación de dependencia, la posibilidad de dar órdenes y la obligación de recibirlas. Se ha creído que la dependencia, para que origine responsabilidad, debe ser intensa, es decir, notoria. (pág. 120).

La jurisprudencia nacional se refiere a una ‘situación de autoridad adecuada’ como aquella necesaria para acreditar el vínculo de dependencia que venimos tratando. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de septiembre de 2011, Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, hizo la siguiente consideración:

Distinta es la responsabilidad que por razón del hecho de otra persona, refleja o indirecta, según la misma disposición, le pudiera caber excepcionalmente a la sociedad demandada, a raíz de los “lazos de dependencia (...) empresarial”, como ocurre en el caso en virtud de un contrato de afiliación del vehículo en cuestión, respecto de los perjuicios causados por la muerte violenta del hijo y hermano de los actores.

Desde esa perspectiva, sin embargo, la norma tampoco tiene aplicación, porque inclusive admitiendo en gracia de discusión que existe, según el mismo precedente, “una situación de autoridad adecuada”, la responsabilidad civil por el hecho ajeno supone que el dependiente de la empresa convocada, con relación a la labor que desarrollaba, fue el “autor material del mismo”. Requisito que se echa de menos, porque en autos es punto pacífico que, en el plano objetivo, las muertes fueron infligidas por un grupo armado al margen de la ley. (Referencia C-05001310300920020044501, 2011, pp. 15, 16)

En conclusión, es posible afirmar que para acreditar la relación de dependencia, la víctima debe probar que en cabeza del principal o tercero civilmente responsable convergen dos requisitos; primero, que se trata del beneficiario total o parcial de la actividad desarrollada por el dependiente causante del daño; y segundo, que tiene autoridad y control sobre la actividad que ejecuta el dependiente.

La autoridad y control en cabeza del principal sobre la actividad que en su beneficio ejecuta el dependiente, así como el deber de vigilancia que le corresponde al principal sobre la actividad del dependiente, son las dos caras de una misma moneda.

Según la jurisprudencia nacional, la relación de dependencia habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, la cual puede tener como fuente la ley, la convención o una mera situación de hecho. En otras palabras, lo que interesa es constatar la existencia de una situación de autoridad, que consiste en la virtual potestad de dar órdenes y controlar la actividad de un dependiente, presupuesto que se viene acuñando con el título de situación de autoridad o subordinación adecuada (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 443) y (Corte Suprema de Justicia, referencia C-05001310300920020044501, 2011, p. 16).

2. Conexidad del daño con la función.

La conexidad entre el daño causado por un dependiente y la función encomendada, es otro de los requisitos especiales para que se configure la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho del dependiente. Sin este requisito, sería imposible escindir la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente de la responsabilidad derivada de la esfera privada del dependiente, ya que sólo aquellos daños causados por el dependiente en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por el principal, comprometen la responsabilidad de este último.

Con relación al requisito de la conexidad entre el daño y la función, la doctrina foránea se refiere a la importancia de determinar cuáles actividades hacen parte del ejercicio de las funciones del dependiente. En este sentido se dice que:

En lo que hace a las funciones encargadas, esto significa que la víctima debe demostrar la congruencia de la actividad dañosa, efectuada por los empleados, con las funciones de las que están encargados. Es decir que, como el trabajador no es exclusivamente un elemento de la organización del empresario, sino que posee también una esfera propia de actividad personal, esta actividad no puede, evidentemente, hacer responsable al empresario; por lo

tanto, es necesario determinar cuáles actividades hacen parte del ejercicio de las funciones del empleado (Visintini, 2015, p. 198).

Conforme lo anterior, resulta de vital importancia para la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, responder al interrogante sobre: ¿cuándo se entiende que el daño causado por un dependiente tiene conexión con la función?

Ya que solo en aquellos casos en que el daño conserve una conexión con la función encomendada, es posible que se active el sistema de responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.

Tal como se dejó expuesto al comienzo de este capítulo, la jurisprudencia nacional ha entendido que los artículos 2347 inciso 5° y 2349 del Código Civil se complementan al regular la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho del dependiente. Mientras que el artículo 2347 inciso 5° se refiere a que el empresario responde por el hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado; el artículo 2349 se refiere a que el empleador responde por los daños causados por sus trabajadores con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos. Con base en lo anterior, es posible concluir, de acuerdo al tenor literal de ambas normas, que bien sea que el daño ocurra mientras el dependiente se encuentra al cuidado del empresario, o que el daño sea causado con ocasión del servicio prestado por el dependiente, en ambos casos, habrá lugar a la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho de su dependiente.

En el caso colombiano, el Código Civil dedica dos artículos a la regulación de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente. Si bien es cierto que se trata de disposiciones normativas afines, es importante advertir que ambos artículos consagran criterios distintos; mientras que el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil se refiere a los daños causados por el dependiente cuando está bajo el cuidado del empresario, el artículo 2349 ibídem se refiere a los daños causados por el dependiente con ocasión del servicio prestado a favor del empleador, razón por la cual conviene analizar ambas disposiciones normativas por aparte.

Con relación al criterio general contenido en el artículo 2347 inciso primero del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado de otras, es preciso anotar que estar al cuidado de otro, es una situación en la cual, aquella persona que tiene a su cuidado otra persona, tiene un deber de vigilancia sobre esta, y por lo mismo, tiene también un poder de control y dirección sobre la actividad de la persona que se encuentra bajo su cuidado. En definitiva, estar al cuidado de otro, es una manifestación de la relación de dependencia que tratamos en el título

anterior, y que consiste en una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro.

Ahora bien, cuando se trata de un dependiente que cumple un horario, se presume que mientras se encuentre dentro del horario de trabajo o servicio, se encuentra al cuidado del principal, y por tal motivo, los daños causados en este rango de tiempo son imputables también al principal.

Si bien el criterio de ‘estar bajo el cuidado’ utilizado en el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil, es distinto al criterio ‘con ocasión del servicio prestado’ utilizado en el artículo 2349 ibídem, hay que resaltar que el dependiente se encuentra bajo el cuidado del empresario, en razón de la función para la cual fue contratado; por lo anterior, los daños causados por un dependiente mientras se encuentre bajo el cuidado del empresario, son daños que guardan una estrecha relación con la función. Por lo anterior, a pesar de que ambas normas consagran criterios distintos, no son contradictorias, ni excluyentes.

La explicación del criterio contenido en el artículo 2347 numeral 5° del Código Civil, consistente en que los empresarios responden por el hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado, según Barcelo (1995, p. 180) se encuentra en el hecho de que la norma fue consagrada en una época donde la actividad industrial y comercial se desarrollaba en pequeños talleres o establecimiento, donde el dependiente habitaba conjuntamente con el dueño del establecimiento, razón por la cual puede afirmarse que el trabajador se encontraba al cuidado del empresario. Sin duda alguna, los tiempos han cambiado notablemente, la empresa actual exige que las relaciones entre empresario y trabajador se configuren de forma distinta.

Por otra parte, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos fundamentales de la persona humana, hacen imposible que se piense hoy en día en una subordinación absoluta, tal como pudo ocurrir en aquella época en que fue redactado el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil. Al respecto del poder o facultad de subordinación en el contrato de trabajo, la Corte Constitucional colombiana ha considerado lo siguiente:

[...] como se anotó en estas consideraciones, el ejercicio del poder subordinante por parte del empleador está sujeto a los límites impuestos por la dignidad del trabajador, sus derechos fundamentales y los principios mínimos fundamentales establecidos en el Art. 53 de la Constitución, a los cuales se agregan los principios y derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales en materia laboral ratificados por el estado colombiano que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad, conforme a lo

dispuesto en los Art. 93 y 94 *ibídem* y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (Sentencia C-397 de 2006, p. 19)

En la misma sentencia se consideró que el poder de subordinación rige exclusivamente para los efectos propios de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento del servicio contratado, sin que pueda extenderse a áreas distintas de la vida del trabajador, razón por la cual, dicha subordinación se verifica exclusivamente en la actividad que el trabajador desarrolla en beneficio del empleador. El hecho de que la subordinación se limite exclusivamente a la actividad que desarrolla el trabajador en beneficio de su empleador, también explica porqué solo frente aquellos daños que guarden relación con la función, es que la víctima puede reclamar la indemnización frente al empleador.

Ahora bien, cuando el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil hace referencia a los daños causados por los dependientes mientras estén bajo el cuidado del empresario, implica que durante el periodo de tiempo que el dependiente se encuentre al cuidado del empresario, tal como sucede en aquellos casos en los que un dependiente debe cumplir con un horario, el daño causado por dicho dependiente compromete la responsabilidad del empresario.

Puede afirmarse que estar al cuidado de alguien, es una situación de hecho que debe constatar en cada caso. Sin embargo, existen múltiples elementos que permiten comprobar dicha circunstancia, tal como ocurre cuando el dependiente debe cumplir con un horario, o cuando el dependiente se encuentra realizando la actividad en las dependencias o sede del principal; y en definitiva, cuando existe algún elemento que permite concluir que existe una supervisión directa por parte del principal sobre el dependiente. Sin duda alguna, el criterio establecido por el artículo 2347 numeral 5° del Código Civil, resulta más afín con las relaciones de tipo laboral, en las que según el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 22), existe una continuada dependencia y subordinación en cabeza del empleador sobre el trabajador.

Con relación a la jornada de trabajo, parte de la doctrina nacional considera que todos los daños cometidos por el dependiente durante la jornada, hacen nacer la presunción de culpa en cabeza del principal o empleador. Con relación al criterio del artículo 2347 del Código Civil, la doctrina nacional considera lo siguiente:

En conclusión, y con la excepción anotada, podemos decir que en el derecho colombiano la presunción de culpa del artículo 2347, aplicable a las personas naturales por el hecho de sus dependientes, opera siempre que el acto o comportamiento ilícito del dependiente se produzca durante el tiempo en que éste se encuentre al servicio del patrono, poco importa

que la conducta ilícita esté o no en relación con las funciones que le han sido encomendadas. Lo que interesa es la vigilancia que durante las horas de trabajo debe tener el empleador sobre su dependiente (Tamayo, 2007, p. 769).

Es importante hacer algunos comentarios frente a la tesis de que el daño causado por el dependiente dentro de la jornada de trabajo, con desvío de la función por abandono del lugar de trabajo, hace nacer la presunción de culpa sobre el principal. Tal como se expuso anteriormente, la subordinación sobre toda persona humana, bien sea que se trate de un contrato de trabajo, o de otra modalidad contractual, está mediada por el respeto a los derechos fundamentales, en este caso, los derechos fundamentales del dependiente; razón por la cual, resulta difícil aceptar que el poder de subordinación en cabeza del principal conlleve la facultad de controlar que el dependiente no abandone su puesto de trabajo, tal como pudo ocurrir en tiempos pretéritos.

También resulta cuestionable que el abandono del puesto de trabajo sea considerado como una culpa civil extracontractual. Sin importar lo anómalo que tal situación pueda ser, lo cierto es que no parece acertado aplicar el parámetro de conducta de un buen padre de familia a tal circunstancia. Pensar que un buen padre de familia en las mismas circunstancias hubiera podido impedir el abandono del puesto de trabajo por parte de su trabajador, es desconocer el grado de libertad en el que se desenvuelven actualmente las relaciones entre empleadores y trabajadores.

Así mismo, resulta discutible desde el punto de vista de una causalidad jurídica, que una falta consistente en el abandono del puesto por parte del dependiente, sea considerada como causa del daño que con posterioridad ocasiona el mismo dependiente. Considero que aceptar la tesis de que el abandono del puesto se tenga como causa del daño cometido por el dependiente, nos trae de vuelta a una teoría de la causalidad ya hace tiempo superada, como lo fue la teoría de la *conditio sine qua non* o de equivalencia de las condiciones, en la que cualquier antecedente del daño se tenía como causa jurídica del mismo.

Según lo explican algunos doctrinantes nacionales, tales como Rojas & Mojica (2014, p. 201, 202), la teoría de la equivalencia de las condiciones consiste en suprimir mentalmente los eventos considerados posible causa del daño, y solo a aquellos eventos que superen el test, es decir, que una vez suprimidos hacen desaparecer el daño, serán considerados como causa del daño, lo cual conlleva que la causalidad se extienda *ad infinitum*, confundiendo las condiciones de producción del hecho dañoso, con las causas del mismo. De acuerdo con la anterior teoría de la causalidad, tendríamos que el abandono del puesto de trabajo por parte del dependiente se considera como causa del daño cometido por el dependiente después de haber abandonado su puesto de trabajo,

sin embargo, es precisamente esa extensión ilimitada de la causalidad, uno de los reparos mas importantes que se le hacen a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Por lo anterior, no estoy de acuerdo con que los daños causados por un dependiente luego de abandonar el lugar de trabajo, así sean causados dentro del tiempo que debía estar en ejercicio de sus funciones, sea suficiente para acreditar el requisito de la conexidad entre el daño y la función. En realidad se trata de un daño que nada tiene que ver con la función, y por tanto no hace nacer la presunción de culpa en cabeza del principal.

Con todo, para quienes estén mas afines con la postura del renombrado tratadista nacional, es importante aclarar, tal como lo menciona el mismo autor, que lo que nace en estos casos es la presunción de culpa en cabeza del principal, queda pendiente la posibilidad de que tal presunción pueda ser desvirtuada por parte del principal o tercero civilmente responsable.

El criterio del artículo 2347 inciso 5° del Código Civil, se refiere a la responsabilidad del empresario por el hecho dañino de su dependiente mientras se encuentre bajo su cuidado, por lo anterior, el supuesto de hecho normativo comprende aquellos daños causados por un dependiente mientras se encuentre dentro de las instalaciones de su empleador, en estos casos, considero que incluso los daños causados por fuera de la jornada laboral, pero dentro de las instalaciones del empleador, generan la presunción de culpa en cabeza del principal.

Por último, considero importante comentar que en aquellos casos en que el dependiente sustrae ilícitamente de la empresa un objeto cuya utilización conlleva riesgo de daños por ser una actividad peligrosa, tales como armas o vehículos, tal situación, sí constituye una falta del dependiente que puede considerarse como una causa jurídica del daño ocasionado con la utilización de tales objetos, al tiempo que la culpa del principal consistiría en una falta en el deber de vigilancia que le permite el trabajador sustraer ilícitamente el objeto peligroso de la empresa.

Adicionalmente, en el presente trabajo se considera que la simple autorización por parte del empleador a su dependiente para que sustraiga o conserve un objeto peligroso por fuera de la función, no hace desaparecer la guarda de la actividad peligrosa en cabeza del principal. Lo anterior, a pesar que cierta doctrina nacional (Tamayo, 2007, p. 778) considera que en estos casos ocurre un desplazamiento en la guarda de la actividad peligrosa, y por lo tanto, no habría responsabilidad en cabeza del empleador por el ejercicio de una actividad peligrosa.

Sin duda alguna, todos los daños causados por los dependientes en desvío de sus funciones, bien sea por abandono de la jornada de trabajo, por abuso o desatención de las funciones o instrucciones, o incluso cuando el dependiente actúa de forma contraria a la función, tal como ocurre cuando el ropaje de la función sirve para la comisión de un ilícito penal, presentan dificultades al momento de verificar el requisito de la conexión entre el daño y la función, ya que no siempre resulta sencillo hacer responsable al principal por un daño que a simple vista nada tiene que ver con la función encomendada.

Por otra parte, se afirma que existe una conexión instrumental entre el daño y la función, cuando el dependiente, al desviarse de su función sustrae un instrumento, equipo o maquinaria propiedad del principal que posteriormente es utilizado para causar el daño. Según la doctrina el daño se produjo con ocasión de las funciones, de este modo se afirma que:

Con todo, como dijimos, hay una excepción a este principio. En efecto, si el dependiente, al desviarse de su función, se lleva consigo un vehículo o un arma del empleador y causa el daño con cualquiera de estos objetos, aún por fuera de los horarios reglamentarios, esa conexión instrumental permitirá mantener la relación entre el daño y la función ejercida. En consecuencia, podrá afirmarse que el daño se produjo en el ejercicio de las funciones. (La doctrina tradicional diría que, en este caso, el daño se produjo con ocasión de las funciones) [sic] (Tamayo, 2007, p. 770).

Considero que en un caso como el anterior, el hecho de que se trate de instrumentos cuya utilización conlleva el ejercicio de actividades peligrosas, permite concluir que, a pesar de tratarse de un daño causado fuera del horario asignado, se constata una conexión entre el daño y la función, debido a que existe una falta inicial que guarda estrecha relación con la función, consistente en la sustracción ilícita de dichos objetos por parte del dependiente al desviarse de la función, asociada a la falta de vigilancia que habría hecho posible esa sustracción.

Tal como se manifestó con antelación, en caso de que haya mediado autorización del principal, considero que subsiste la guarda en cabeza del principal, lo contrario, es decir, considerar que una simple autorización hace desaparecer la guarda de la actividad peligrosa en cabeza del principal, sin duda, conlleva implicaciones serias para el derecho de daños, debido a que el propietario de un objeto, cuya utilización conlleva el ejercicio de una actividad peligrosa, podría esgrimir en su defensa la mentada autorización para escapar a la responsabilidad civil, situación que conllevaría abusos

por parte del propietario del objeto cuya utilización implica el ejercicio de una actividad peligrosa.

Resulta importante cuestionarse qué sucede entonces cuando el dependiente sustrae otro tipo de objetos, como por ejemplo, una llave mecánica especializada o equipo tecnológico avanzado cuyo uso no implica el ejercicio de una actividad peligrosa.

Antes de entrar en detalle, resulta importante traer a colación el alcance que la jurisprudencia nacional le ha dado al concepto de actividades peligrosas de que trata el artículo 2356 del Código Civil, como un título de imputación particular en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delimitado el concepto, manifestando que:

A la par, no debe confundirse la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa con la derivada de las cosas riesgosas o peligrosas; “cosa” y “actividad” son diferentes, y en el supuesto que se analiza, dimana de “actividades” y no exclusivamente de “cosas riesgosas” o “peligrosas”; la cosa se utiliza en la actividad, puede ser inocua y la causa del daño se conecta no a la cosa sino a su utilización en el ejercicio de una actividad peligrosa (Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009, pp. 25,26).

Conforme lo anterior, resulta determinante para distinguir una actividad peligrosa de otra que no lo es, no solamente si la cosa es peligrosa en sí misma considerada, sino también, la utilización del objeto, la cual puede llegar a considerarse como actividad peligrosa. Sin duda, esta explicación permite ampliar el rango de las actividades peligrosas, debido a que no se limita a aquellas actividades en que se utilizan cosas riesgosas o peligrosas, sino también, al uso de otras cosas que no entran en dicha categoría. Lo anterior permite clarificar el concepto, pero no lo agota por completo, subsistiendo el interrogante sobre cual es la nota característica de una actividad peligrosa.

Según Jurisprudencia más reciente, el criterio que caracteriza una actividad peligrosa es la ausencia de la previsibilidad de sus consecuencias, por lo cual, la actividad peligrosa puede producir daños incontrolables e impredecibles. En este sentido se anota lo siguiente:

Es un lugar común explicar el concepto de actividad peligrosa a partir de las diferencias entre la técnica y la naturaleza. Se consideran peligrosas las actividades producidas con fuerzas mecánicas superiores a las del hombre; se tienen como no peligrosas las

actividades producidas por la fuerza natural del hombre: tal distinción, aunque no es del todo inútil, no tiene en cuenta criterios jurídicos.

Lo que caracteriza a las actividades peligrosas, desde un punto de vista jurídico, es que la norma que regula este instituto no exige la *previsibilidad de las consecuencias*. De ese modo el ordenamiento introduce claves operacionales (o criterios de adecuación de sentido): la ausencia de control y previsión *de los resultados*, sin las cuales no habrá manera de saber si los hechos de la experiencia son o no peligrosos para el derecho.

Es cierto que cualquier actividad, por común y corriente que sea, puede ser peligrosa. No obstante, la categorización que interesa al derecho no es la que haría cualquier persona en su particular experiencia (observación de primer nivel), sino la que realiza el juez con base en las claves operacionales que establece el sistema jurídico según el daño ocasionado sea o no controlable y previsible (observación de segundo nivel o de atribución) [sic] (Corte Suprema de Justicia SC002-2018, 2018, p. 18).

Con base en lo anterior, las nociones de previsibilidad y control son las que permiten distinguir una actividad peligrosa de otra que no lo es. A pesar de que un objeto no sea considerado en si mismo como peligroso, su utilización si puede llegar a ser tenida como una actividad peligrosa. Piénsese, por ejemplo, en un equipo de computo especializado que pueda ser utilizado para crear virus cibernéticos, o en insumos que puedan ser utilizados para la fabricación de artefactos explosivos, en estos casos, ni el equipo de computo, ni el insumo, por si solos son peligrosos, pero los usos antes anotados sí pueden considerarse como actividades peligrosas.

En el caso particular que venimos tratando, con relación a un dependiente que sustrae ilícitamente objetos o herramientas propiedad del principal mientras se encuentra bajo su cuidado, ya dijimos arriba que tratándose de objetos peligrosos cuyo uso conlleva el ejercicio de una actividad peligrosa (Corte Suprema de Justicia, Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01, 2009, p. 40), la sustracción ilícita por parte del dependiente constituye una falta inicial que permite verificar la conexión entre el daño y la función.

Ahora bien, frente a herramientas que no sean consideradas en si mismas como objetos peligrosos, tales como equipos de computo o tecnológico muy avanzado, insumos, una llave mecánica especializada, etc., considero que la solución no puede ser la misma, en estos casos hay que preguntarse sobre la posibilidad de previsión en cabeza del principal, con relación al uso peligroso que el dependiente podría darle al objeto

sustraído; o en otras palabras, si para un hombre razonable, de acuerdo con el estándar de conducta de un buen padre de familia, le era exigible prever un uso peligroso de la herramienta por parte del dependiente, ya que solo en caso afirmativo habrá conexión entre el daño y la función, en los demás casos, no se cumple con el requisito de la conexidad, y por lo tanto, se trataría de daños extraños a la función.

Por lo anterior, habría que preguntarse ¿Qué sucede cuando el daño es cometido con instrumentos propiedad del principal cuya utilización no implica el ejercicio de una actividad peligrosa? o supongamos un caso en el cual un dependiente, por fuera del horario asignado, utiliza el uniforme de dotación para generar confusión y cometer un delito ¿podría afirmarse en casos como los anteriores, que existe conexión entre el daño y la función?

El caso de la sustracción de un uniforme que es utilizado posteriormente para facilitar la comisión del hecho ilícito, puede tener matices distintos a los casos de la sustracción de herramientas o equipos con los cuales se causa directamente el daño, creando la impresión de que en los últimos casos, si hay lugar la presunción de culpa en cabeza del principal. En este punto, es importante insistir que el requisito que estamos tratando, denominado conexidad del daño con la función, siguiendo a Barcelo (1995, p. 99) exige que se pruebe la conexión entre el daño causado y el trabajo o función encomendado al dependiente, si no se verifica dicha conexión, no nace la presunción de culpa en cabeza del principal. También analizamos anteriormente, cómo la teoría de la equivalencia de las condiciones extendía *ad infinitum* la causalidad, llegando a brindar soluciones inequitativas.

Pues bien, con base en lo anterior, considero que hacer responder al empresario o empleador, por el hecho dañino de un dependiente que sustrajo sin permiso cualquier tipo de objeto, herramienta, equipo, uniforme etc. de la empresa, para luego utilizarlo ilícitamente, equivale precisamente a soluciones inequitativas, más aún en nuestro ordenamiento jurídico, en el que la buena fe tiene rango constitucional (artículo 83 de la Constitución Política), y en tal sentido, equivaldría a sancionar a un empresario o empleador por no desconfiar, y no sospechar que sus dependientes y colaboradores iban a sustraer sin permiso cualquier objeto propiedad de la empresa con el que luego se causarían daños a terceros. Por lo tanto, debe existir algún criterio que permita deslindar los diferentes casos que puedan presentarse en la realidad, criterio que consiste en la peligrosidad.

Considero que en estos casos, así se haya sustraído sin permiso una herramienta u objeto de la sede del principal mientras el dependiente se encontraba todavía en funciones, siempre y cuando se trate de objetos cuya utilización no conlleva el ejercicio de una actividad peligrosa, no existe conexión entre el daño y la función, requisito

necesario para que nazca la presunción de culpa en la vigilancia en cabeza del principal. Según lo anterior, la conexidad instrumental entre el daño y la función, solo se puede extender a la sustracción de aquellos objetos y herramientas cuyo uso conlleva el ejercicio de una actividad peligrosa, y también, a aquellos objetos cuyo uso, pese a no ser considerado una típica actividad peligrosa, sería previsible un uso riesgoso o peligroso por parte del dependiente.

Habiendo abordado lo que sucede con objetos u herramientas que no son peligrosos en si mismos, vale la pena detenernos un poco más en aquellos casos donde el dependiente sustrae ilícitamente objetos cuya utilización conlleva *per se* el ejercicio de una actividad peligrosa, tal como acontece cuando sustrae armas o vehículos sin autorización del principal. Sin duda, son estos casos los más comunes. En tales situaciones, generalmente concurren dos títulos de imputación, la responsabilidad por el hecho de otro y la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, al respecto la doctrina nacional ha comentado:

[...] En cambio, puede suceder que el dependiente cause el daño en el ejercicio de una actividad peligrosa que se encuentra bajo la guarda del empleador. En este caso, las soluciones que se den al problema que nos ocupa deben tener en cuenta no solo la subordinación del dependiente u órgano, sino también el poder de guarda sobre los instrumentos o actividad peligrosa con que se ejerce la función y luego se causa el daño. Habrá que ver en cada caso concreto cuál de estos poderes conserva el empleador al momento en que el dependiente realiza la conducta dañosa. En efecto, si pese a que el dependiente al causar el daño no estaba ejerciendo su función, se considera que el empleador no ha perdido la guarda sobre la actividad peligrosa causante del daño, la presunción de responsabilidad será idéntica para la civilmente responsable persona natural y para la persona jurídica. Desde que la guarda se mantenga en cabeza del empleador, este deberá probar una causa extraña para liberarse de la presunción de responsabilidad que pesa en su contra. En cierta forma, la responsabilidad por actividades peligrosas absorbe la responsabilidad por el hecho ajeno (*infra*, T. I, 905) (Tamayo, 2007, p. 772).

En realidad, cuando un dependiente, además de la subordinación a la que está sometido con relación al principal, su función consiste en el ejercicio de una actividad peligrosa, no es uno sino dos, los títulos de imputación de responsabilidad que pesan sobre el principal. Por una parte, se encuentra sometido a la responsabilidad por el hecho de otro de que tratan los artículos 2347 inciso 5° y 2349 del Código Civil, y por otra parte, también se encuentra sometido a la regulación de la responsabilidad por actividades peligrosas de que trata el artículo 2356 *ibídem*. En estos casos, se podría afirmar que el

principal es guardián de la actividad peligrosa, y guardián de la función del dependiente.

Una de las razones por las cuales se afirma que en cierta forma el ejercicio de una actividad peligrosa absorbe la responsabilidad por el hecho de otro, radica en que mientras la responsabilidad por el hecho de otro conlleva una presunción de culpa que es desvirtuable por expresa consagración legal, no sucede lo mismo frente al ejercicio de una actividad peligrosa. Según la Corte Suprema de Justicia M.P. Ariel Salazar Ramírez (2018, p. 22) las actividades peligrosas conllevan una presunción de culpa no desvirtuable, en otras palabras, se trata de una responsabilidad que no puede ser desvirtuada demostrando diligencia y cuidado. Por lo tanto, cuando concurren los dos títulos de imputación antes mencionados, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas tiene más protagonismo, y resulta más garantista para la víctima.

En verdad, son muchas las hipótesis que pueden resultar de combinar el criterio de la responsabilidad por actividades peligrosas, con los criterios de la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente. Puede haber casos en los que el dependiente sustrae ilícitamente un objeto peligroso propiedad del principal, bien sea dentro de la función o por fuera de ella, ya vimos que sí la sustracción ilícita del objeto peligroso tiene lugar dentro de la jornada de trabajo, los daños causados por el dependiente con la actividad peligrosa, guardan conexión instrumental con la función, otra cosa es que el principal pueda desvirtuar que no existió culpa de su parte en la vigilancia; también, pueden existir casos en que la sustracción del objeto peligroso es lícita, y por lo tanto, la actividad peligrosa que se desprende de su uso se entiende autorizada por el principal; también pueden haber otros casos en los cuales se confunde la actividad peligrosa con la función, debido a que la función consiste, precisamente, en el ejercicio de una actividad peligrosa; o, también, casos en los cuales el dependiente, a pesar de no tener dentro de su función el ejercicio de una actividad peligrosa, resulta ejerciéndola sin autorización.

Tal como se mencionó anteriormente, en todas las hipótesis de daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa de un dependiente mediante un vehículo u objeto peligroso propiedad del empleador, concurren en principio, dos títulos de imputación en cabeza del principal, la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, junto con la responsabilidad por el hecho del dependiente. La jurisprudencia nacional ha considerado que ambos títulos de imputación son compatibles, toda vez que la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa, cobija al empleador, dueño de la empresa o de la cosa causante del daño. En este sentido se anotó:

a) Que la responsabilidad por el hecho de otro y la que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa no se excluyen, pues como la ha dicho la Corte, “la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño”. (LXI, 569). (Se subraya) [sic]. En tal hipótesis la víctima tiene derecho a acogerse a las reglas que gobiernan la responsabilidad por el hecho ajeno o a las que disciplinan la proveniente del ejercicio de actividades peligrosas. [...] (Gaceta Judicial CXLII, 1972, p. 188)

Debido a que las reglas de la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa no son idénticas a las de la responsabilidad por el hecho de un dependiente, es importante separar en este punto el criterio de la guarda jurídica propio de las actividades peligrosas, del criterio de la conexidad entre el daño y la función, propio de la responsabilidad por el hecho del dependiente.

Frente a las hipótesis antes planteadas, es pertinente cuestionarse si opera o no un desplazamiento en la guarda de las actividades peligrosas, con el fin de constatar si subsiste o no la responsabilidad del empleador con fundamento en el título de imputación por el ejercicio actividades peligrosas. A este respecto, es importante precisar que la noción de guardián se refiere a quien tiene poder de mando, dirección y control sobre las cosas consideradas peligrosas, y según la sentencia que acabamos de citar, Corte Suprema de Justicia, M.P. Ernesto Gamboa Álvarez, del 18 de mayo de 1972, se presume la calidad de guardián en el dueño o propietario del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa. Conforme lo anterior, en las hipótesis de daños causados por el ejercicio de una actividad peligrosa de un dependiente mediante la utilización de un vehículo u objeto peligroso propiedad del empleador, se presume la calidad de guardián en el propietario, que en estos casos coincide con la del empleador o principal, tal como lo venimos tratando.

Sin embargo, la presunción de guardián que pesa sobre el dueño puede ser desvirtuada por el mismo propietario, demostrando que no tenía el mando, control o dirección sobre la actividad peligrosa, debido a que transfirió la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, o que fue despojado inculpablemente de la misma. A este respecto, la jurisprudencia nacional ha considerado lo siguiente:

Además, si bien es cierto que la calidad en cuestión, esto es, la de guardián de la actividad peligrosa y la consecuente responsabilidad que de ella emerge, se presume, en principio, en el propietario de las cosas con las cuales se despliega, esta presunción admite prueba en

contrario. Por tal razón, la doctrina de la Corte ha señalado que "... si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto -que desde luego admite prueba en contrario- pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, si hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario". Es decir, "...la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad de guardián que de ellas se presume tener", presunción que desde luego puede destruir "si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada..." (Entre otras, sentencias de 14 de marzo de 1938, 18 de mayo de 1972, 26 de mayo de 1989, 4 de junio de 1992, 22 de abril de 1997, 14 de marzo de 2000 y 26 de octubre de 2000) (Corte Suprema de Justicia, Expediente 6762, 2002, pp. 31,32).

Frente a las hipótesis que venimos tratando, en las que un dependiente causa daños a terceros en el ejercicio de una actividad peligrosa utilizando un vehículo o objeto peligroso propiedad del empleador, en principio se presume la calidad de guardián en cabeza del propietario, siendo este quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de guardián que pesa sobre su cabeza. Con base en lo anterior, habría que preguntarse sobre ¿si es posible o no, que el empleador o dueño de la empresa, pueda desvirtuar la presunción de guardián, alegando que la guarda se desplazó en cabeza de su dependiente?, ya que solo en aquellos casos en que efectivamente haya un desplazamiento de la guarda sobre la actividad peligrosa, puede afirmarse que no le cabe responsabilidad al empleador por el ejercicio de una actividad peligrosa.

En materia de guarda de la actividad peligrosa, la jurisprudencia nacional (Corte Suprema de Justicia, Expediente 6762, 2002, p. 31) entiende que la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas recae sobre quien tiene dirección, manejo y control, sea o no dueño, atendiendo a un criterio de guarda material, y no jurídica.

En principio, parece bastante discutible que el empleador o principal pueda perder la guarda sobre la actividad peligrosa con su propio dependiente, sin embargo, no es posible hacer generalizaciones. Y es que en aquellos casos en que el empleador autoriza a su dependiente para que permanezca o se lleve consigo el objeto peligroso por fuera de la función, decimos que es un permiso transitorio, dado que la finalidad por parte del empresario no es desprenderse o dejar de lucrarse del objeto, sino que más temprano que tarde el objeto volverá a estar a su servicio, incluso durante el corto periodo de tiempo en que el objeto esta por fuera de la función, el empresario sigue

teniendo vigente la posibilidad de dirección, manejo y control sobre el objeto peligroso, bastará con que le manifieste al dependiente que requiere el objeto, para que la mentada autorización desaparezca, y por tal motivo, considero que su calidad de guardián nunca desaparece. Ahora bien, con relación al dependiente, no hay duda que al asumir la custodia del objeto por fuera de la función, adquiere la calidad de guardián, y por eso en estos casos estamos frente a una guarda compartida, situación que al igual que sucedía con la subordinación compartida, da lugar a que ambos guardianes sean solidariamente responsables frente a los daños causados por el ejercicio de una actividad peligrosa.

Ahora bien, con relación a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, es importante advertir que en aquellos casos de daños causados por un dependiente en ejercicio de una actividad peligrosa mediante vehículos u objetos peligrosos propiedad del empleador, con independencia de que haya operado o no un desplazamiento en la guarda de la actividad peligrosa, puede subsistir el requisito de la conexidad entre el daño y la función. Lo anterior, debido a que los criterios utilizados para imputar responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas son distintos a los criterios de la responsabilidad por el hecho de un dependiente, y no siempre que exista un desplazamiento en la guarda de la actividad peligrosa, necesariamente hace desaparecer la conexión entre el daño y la función.

Bien puede ocurrir que, pese haber operado un desplazamiento en la guarda de la actividad peligrosa, subsista una conexión entre el daño causado por un dependiente y la función. Siendo así, el daño causado por tal dependiente sería imputable al empleador, no por el ejercicio de una actividad peligrosa, sino por el hecho de su dependiente. En otras palabras, debido a que los criterios de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente son distintos a los de la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, aún en aquellos casos en que el empleador no conserva la guarda de la actividad peligrosa, podríamos estar en presencia de daños causados con ocasión del servicio, y que gracias a un criterio de conexidad instrumental, comprometa la responsabilidad del empleador, que voluntariamente o por descuido, permite que su dependiente se lleve consigo un objeto peligroso por fuera de la función.

En conclusión, a pesar de que es posible afirmar que en cierta forma la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa absorbe la responsabilidad por el hecho del dependiente, tal situación no conlleva que la responsabilidad por el hecho del dependiente desaparezca. De hecho, en algunas hipótesis, es posible que la responsabilidad por el hecho del dependiente sea la única forma con que cuenta la víctima para obtener la indemnización del daño por parte del empleador o principal.

El criterio de conexidad instrumental cuenta con menos fuerza que el criterio consistente en ‘estar bajo el cuidado del empresario’ consagrado en el artículo 2347 inciso 5° ibídem, por lo tanto, será el Juez frente a cada caso concreto, y a la luz de las circunstancias particulares, quien determine si en esos casos se encuentra probado o no, el requisito de conexidad entre el daño y la función. Por nuestra parte, consideramos que el criterio de conexidad instrumental es útil precisamente en aquellos casos en los que el daño es causado por el dependiente fuera de la función, pero con instrumentos u objetos propiedad del principal.

Recapitulando tenemos lo siguiente, cuando el dependiente cumple con un horario asignado por el principal, el dependiente se encuentra bajo el cuidado del principal durante el transcurso de dicho tiempo; así también, cuando el dependiente se encuentra en las instalaciones de el principal, y por lo tanto, cualquier daño causado en ese lapso de tiempo, o en las instalaciones del principal, encuadra en la hipótesis de que trata el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil.

Ahora pasemos al criterio del artículo 2349 del Código Civil, que se refiere a que el daño tenga lugar con ocasión de servicio prestado, situación que pone en evidencia la importancia que tiene la relación que debe existir entre el daño causado por el dependiente y la función encomendada, ya que si nada tiene que ver lo uno con lo otro, es imposible que se configure la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho del dependiente. El hecho de que se requiera una conexión entre el daño y la función, no implica que cualquier vinculo sirva como conexión. En este sentido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, consideró que:

[...] esa relación de dependencia, más que el producto de conceptos de derecho abstractos tomados de disposiciones legales de orden laboral como las que en el caso en estudio cita el casacionista, es una situación de hecho en la cual, para su adecuada configuración en vista de la finalidad que se propone alcanzar aquella regla de la codificación civil, basta con que aparezca, caracterizado de modo concluyente desde luego en términos probatorios, que en la actividad causante del daño el dependiente, autor material del mismo, puso en práctica una función determinada para servicio o utilidad del principal, y además, que en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal, toda vez que si no existe una razonable conexión entre la función y el hecho dañoso o si en este último no se descubre aquella implementación de la actividad ajena en interés del empresario de quien por reflejo se pretende obtener la correspondiente reparación, es evidente que el

sistema de responsabilidad que se viene examinando no puede operar y para la víctima desaparece, al menos como prerrogativa jurídicamente viable, esa posibilidad de resarcimiento. (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 441).

La Jurisprudencia nacional se refiere a este vínculo cómo el de una conexión necesaria o ligamento significativo entre el daño y la función, a este respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de julio de 2006, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, considera lo siguiente:

Frente a este panorama, ha de afirmar esta Corporación que la actuación dolosa del agente, aun cuando desborde el marco de las funciones e instrucciones respectivas o llegue a desarrollarse en contraposición o con desviación de los intereses y finalidades de la empresa, no siempre ni forzosamente excluye o descarta la posibilidad de que las consecuencias nocivas de semejante comportamiento pueden generar responsabilidad directa a cargo de la persona jurídica con la que existe un vínculo de subordinación, desde luego, en la medida en que dicha conducta siga teniendo alguna conexión necesaria o ligamento significativo, que pueda ser calificado como de ocasionalidad necesaria respecto de las mencionadas funciones. (Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 04733-01, 2006, pp. 12, 13).

Es importante advertir, que la redacción del artículo 2349 del Código Civil que venimos tratando es más cercana a la legislación francesa. Con relación a esta afinidad que tiene el artículo 2349 *ibídem* con la legislación foránea, en un salvamento de voto del Magistrado Arturo Valencia Zea del año 1958, se consideraba lo siguiente.

En resumen: el artículo 2349 del C.C. comprende no sólo las relaciones jurídicas que engendran contratos de trabajo sino cualquier otro contrato de servicio aunque no impliquen una continuada dependencia ni sean remunerados, es decir, no constituyan un contrato de trabajo regido por el Código del Trabajo.

La interpretación propuesta tiene respaldo en la tradición. El artículo 2349 es fiel traducción del tercer párrafo del artículo 1384 del Código de Napoleón que responsabiliza a “los patronos (maitres) y comitentes (commettant) del daño causado por sus criados (domestiques) y sirvientes (préposés) dentro de las funciones a que se dediquen”.

Don Andrés Bello tradujo las palabras *maitres* y *commettants* por la de amos; la de *domestiques* por la de criados y la de *préposés* por la de sirviente.

Tal traducción es buena por cuanto la palabra *amo* indica a la “persona que tiene predominio o ascendencia decisiva sobre otra u otras” (Diccionario de la Real Academia, acepción 5); y la palabra *maitre* indica en la lengua francesa a quien tiene criados o personas a su cuidado; y *commettants*, a quien se sirve de otro para un encargo o servicio. (Gaceta Judicial LXXXIX, 1958, p. 127)

Así mismo, y según Barcelo (1995, p. 99) la doctrina francesa hace distinción entre diferentes hipótesis de daños causados por un dependiente, considerando los siguientes tres tipos de casos, cuando el daño es extraño a la función, o cuando el daño tiene lugar en el ejercicio de la función, o cuando el daño es causado en abuso o con ocasión de las funciones. Con relación al criterio del daño causado por el dependiente con ocasión de la función, y que en términos de nuestra codificación civil se denomina con ocasión del servicio, encontramos que su alcance es diferente al criterio que se consagra en el artículo 2347 del Código Civil.

De acuerdo con La Real Academia de la Lengua Española (lema.rae.es, 2005) las locuciones preposicionales ‘con ocasión de’ y ‘a causa de’ son sinónimos de la locución ‘con motivo de’. De esta manera, cuando el artículo 2349 del Código Civil consagra que: “Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicios prestados por estos a aquellos [...]”, también podría entenderse, que tal responsabilidad se da ‘con motivo de’ o ‘a causa de’ los servicios prestados por el dependiente.

Conforme lo anterior, que el daño sea causado por el dependiente con ocasión de los servicios prestados, significa que el servicio prestado puede ser causa directa del daño, o también, que el servicio constituye un motivo u oportunidad para la causación del daño. En este sentido, parte de la doctrina francesa considera que aun en exceso o en contradicción de las funciones, hay lugar a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, en esta línea Jossierand L. (1999) afirma lo siguiente:

[...] por ejemplo, se ha decidido muchas veces que el comitente responde por los actos del comisionado, no solo cuando este se limita a las funciones que le han señalado, sino también cuando las excede; basta que haya obrado con ocasión de sus funciones. Por ejemplo, un viajero, que para en un hotel a hora avanzada de la noche, confía su dinero al vigilante nocturno del establecimiento, quien huye inmediatamente con el inesperado

tesoro. ¿Será responsable el hostelero para con el viajero despojado? Podría ponerse en duda, ya que el vigilante nocturno no había recibido el mandato de aceptar un depósito de dinero del viajero y había excedido sus funciones. Sin embargo, el Tribunal de Lyon, y después de él la Corte de Casación, han decidido en otro sentido, porque, cuando menos, el vigilante había obrado con ocasión de sus funciones, no tocaba al viajero deslindar exactamente los poderes de ese empleado. [...] (p. 77).

Cuando el daño es causado por un dependiente con ocasión del servicio prestado por este al principal, la conexidad entre el daño y la función no es tan fuerte, como cuando el daño es causado por el dependiente en ejercicio de la función encomendada. La diferencia estribaría, en que los daños causados en ejercicio de la función se refieren a aquellos casos en los cuales el hecho dañino no resulta extraño a la función, y no se constata un exceso o extralimitación por parte del dependiente, mientras que, en los daños causados con ocasión del servicio, puede constatarse que el dependiente sí actuó en exceso o por fuera de sus funciones. Es precisamente esta exterioridad frente a la función, a la que se refiere la doctrina foránea cuando analiza las diferentes modalidades en que puede presentarse el daño causado por un dependiente. Según lo aduce Barcelo (1995, p. 100) cuando el daño es causado por el dependiente con ocasión de la función, se trata de daños intrínsecamente extraños a la función, pero que han sido facilitados por esta.

También es importante advertir, con relación al criterio de los daños causados con ocasión del servicio consagrado en el artículo 2349 del Código Civil, que el conocimiento de la víctima frente al abuso de las funciones por parte del dependiente juega un papel fundamental. En terminos de Barcelo (1995, pág. 100) el merecimiento de la indemnización depende de que la víctima desconozca del abuso de las funciones por parte del dependiente.

Conforme lo anterior, considero que en algunas de las hipótesis de daños causados con ocasión del servicio, la apariencia es imprescindible, debido a que es precisamente la falsa creencia de que el dependiente está actuando dentro de sus funciones, lo que le permite causar el daño. Es la apariencia de que el dependiente esta actuando dentro de sus funciones, lo que configura el requisito de conexidad entre el daño y la función. Si la víctima conocía que el dependiente estaba actuando por fuera o en contra de las funciones, no puede alegar después, que la apariencia fue un factor decisivo en la causación del daño, y mucho menos, pretender que el principal asuma el daño al que la víctima de forma temeraria se expuso.

Una última precisión frente al artículo 2349 del Código Civil tiene que ver con la carga de la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de culpa que pesa sobre el principal. Cuando se trata de daños causados con ocasión del servicio, puede afirmarse que la presunción de culpa en cabeza del principal tiene menor intensidad que cuando se trata de daños causados en el ejercicio de la función. Lo anterior obedece a que la prueba de diligencia y cuidado que le incumbe al principal para desvirtuar la presunción de culpa en su contra con relación a los daños causados con ocasión del servicio sufre una especie de desplazamiento, en estos casos, bastará con que el principal pruebe que no le fue posible evitar que el dependiente abusara de la función para desvirtuar la presunción de culpa que pesa en su contra. En contraste con lo anterior, cuando se trata de daños causados en el ejercicio de la función, al principal le corresponde probar que pese haber cumplido con su deber de vigilancia le fue imposible evitar el daño. En ambos casos se trata de la prueba de una debida vigilancia, pero frente a los daños cuasados co ocasión del servicio, la debida vigilancia tiene como fin evitar el abuso de la función; mientras que en los daños causados en ejercicio de la función, la debida vigilancia tiene como objeto evitar que se causen daños.

En conclusión, con base en la doctrina que se acaba de citar, así como la Jurisprudencia nacional (Corte Suprema de Justicia, 2006), es posible afirmar que el criterio consagrado en el artículo 2349 del Código Civil, que se refiere a los daños causados por un dependiente con ocasión de los servicios prestados, permite configurar el requisito de la conexidad entre el daño y la función incluso en aquellos casos en los que el dependiente actúa por fuera o contrariando las directrices de la función encomendada.

Según Martínez & Martínez (2003, p. 118) el empleador asume funciones de vigilancia y cuidado cuando el dependiente se encuentra en cumplimiento de sus actividades, según lo anterior, el hecho dañoso debe ser cometido en ejercicio o con ocasión de las funciones.

Tenemos entonces que nuestro ordenamiento jurídico consagra dos artículos respecto de la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho de un dependiente. Mientras que el artículo 2347 inciso 5° del Código Civil se refiere a la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente cuando esté bajo su cuidado, el artículo 2349 ibídem se refiere a la responsabilidad del principal por los daños causados por el dependiente con ocasión de los servicios prestados. Con base en lo anterior, la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho dañino del dependiente se activa, bien sea por que el dependiente se encontraba bajo cuidado del empresario al momento de causar el daño, o porque el dependiente causó el daño en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

El sistema jurídico colombiano, gracias a que cuenta con dos artículos para regular la misma institución, hace posible constatar el requisito de la conexidad entre el daño y la función en gran cantidad de casos. Lo anterior permite que el principal, bien sea que se trate de un empresario o empleador, responda por los daños causados por su dependiente incluso en aquellos casos en que el dependiente actúa por fuera de sus funciones, siempre y cuando el servicio o la función haya constituido por lo menos un motivo u oportunidad para causar el daño. Según la Jurisprudencia nacional, basta con que exista alguna conexión necesaria o ligamento significativo que pueda ser calificado de ocasionalidad necesaria (Corte Suprema de Justicia, 2006, pp. 12, 13).

3. La culpa del dependiente

El último de los requisitos de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente que vamos a tratar, se trata de la culpa del dependiente, requisito que en términos de Tamayo (2007, p. 764) consiste en que el dependiente cause un daño en forma ilícita mientras se encuentra al cuidado del empleador. En este sentido, cuando nos referimos a la culpa del dependiente, debe entenderse en sentido amplio, es decir, que comprende toda actuación ilícita del dependiente mientras se encuentra bajo el cuidado del principal, o en ejercicio de las funciones, o cuando el daño ha tenido lugar con ocasión de las funciones. Lo anterior, conlleva que puede tenerse como acto ilícito del dependiente todo los actos culposos y dolosos del dependiente, pero también, los actos objetivamente ilícitos, y los casos de culpa presunta por el ejercicio de una actividad peligrosa por parte del dependiente.

En este sentido, la jurisprudencia italiana siguiendo a Visintini (2015, p. 199) se inclina por exigir como presupuesto necesario de este tipo de responsabilidad la culpa del empleado, de lo que se desprende que si el empleador logra demostrar la imposibilidad por parte de su dependiente de emplear el grado de atención y prudencia requerido para no incurrir en el hecho dañoso, no se genera la responsabilidad en cabeza del empleador, ni de su dependiente.

Con relación a este requisito, la jurisprudencia nacional se ha referido de forma expresa a su exigibilidad, como uno de los elementos de la responsabilidad que deben ser probados por la víctima demandante. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez, se consideró lo siguiente:

En ese orden, para endilgar responsabilidad civil a la persona jurídica el demandante debe probar la existencia del daño; que éste fue cometido por un agente de aquélla en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalido de su condición dentro de la organización; y la culpa o el dolo del infractor [...] (Corte Suprema de Justicia, SC13630-2015, 2015, p. 55).

Adicionalmente, se ha precisado que el dependiente debe ser el autor material del daño, situación que sin duda representa una condición para que se configure la responsabilidad por el hecho de un dependiente, en este sentido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de septiembre de 2011, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, consideró lo siguiente:

Desde esa perspectiva, sin embargo, la norma tampoco tiene aplicación, porque inclusive admitiendo en gracia de discusión que existe, según el mismo precedente, “*una situación de autoridad adecuada*”, la responsabilidad civil por el hecho ajeno supone que el dependiente de la empresa convocada, con relación a la labor que desarrollaba, fue el “*autor material del mismo*”. Requisito que se echa de menos, porque en autos es punto pacífico que, en el plano objetivo, las muertes fueron infligidas por un grupo armado al margen de la ley (Corte Suprema de Justicia, Referencia C-05001310300920020044501, 2011, p. 16).

La exigencia de que el dependiente sea autor material del daño, implica en principio, que las personas jurídicas no pueden ocupar ese lugar, y siempre será necesario que el dependiente corresponda con una persona natural. Sin embargo, según reciente jurisprudencia nacional (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 47) que inaugura el concepto de culpa organizacional, una persona jurídica sí puede causar daños a terceros mediante culpas o infracción a deberes de cuidado propios, sin que se requiera la intervención de uno de sus agentes, y por lo tanto, la persona jurídica podría ser considerada como autora material del daño. Lo anterior abre paso a que en ciertos casos, siempre y cuando se configure una relación de dependencia propia del tipo de responsabilidad por el hecho del dependiente, no habría obstáculo para la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente persona jurídica.

Por otra parte, siguiendo la jurisprudencia nacional (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 442) es factible que pueda configurarse una relación de dependencia entre el beneficiario de una obra o servicio, y el empleado de la persona jurídica que fue contratada directamente por el beneficiario de la obra o servicio, debido a que lo importante es que en cabeza del beneficiario exista una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, que en este caso, podría tratarse de un trabajador o contratista de la persona jurídica, sin que importe que dicho trabajador o contratista carezca de una relación contractual con el beneficiario de la obra o servicio.

Se constata en la doctrina extranjera un debate sobre la conveniencia del presupuesto de la culpa del dependiente como requisito de la responsabilidad por el hecho del

dependiente, en este sentido Barcelo (1995, p. 301) considera que debido a la producción industrial en masa o dentro de grandes organizaciones no es siempre sencillo identificar el sujeto y probar su culpa, por lo cual se propende por la eliminación de este requisito, de forma tal, que solo sea necesario probar que el daño ha sido causado por la actividad de la empresa, sin indagar sobre la identidad del sujeto dañino, o si el daño fue cometido con culpa o dolo.

A pesar de que el requisito de la culpa del dependiente es hoy en día bastante discutido en la doctrina foránea, en el ámbito nacional, se conserva su vigencia. Así mismo, la doctrina nacional considera que más que una culpa del dependiente en sentido estricto, de lo que se trata, es de un acto ilícito del dependiente, situación que comprende la culpa, el dolo, situaciones objetivamente ilícitas, y la presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas por parte de un dependiente, incluso, se da cabida a la culpa anónima. Basta pues, con que se logre probar que un dependiente cualquiera causó un daño de forma ilícita, para que se configure el último de los requisitos especiales de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, que consiste precisamente en la culpa del dependiente.

d) Requisitos de la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar.

Antes de entrar en detalle, resulta de gran importancia aclarar el porqué nos referimos a la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, y no por el hecho de un dependiente. Aquí se constata una diferencia sustancial entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual por el hecho de un tercero, ya que la responsabilidad contractual del deudor se extiende a los hechos de cualquier tipo de tercero que haya sido integrado por el deudor para el cumplimiento de la prestación debida; mientras que, en la responsabilidad extracontractual, se exige que exista una relación de dependencia entre el principal y su agente, agente que para efectos de la responsabilidad extracontractual es considerado o tratado como un dependiente.

Al respecto de la poca importancia de la relación de dependencia, y por ende, de la figura del dependiente en la responsabilidad contractual por el hecho de un tercero, la doctrina extranjera hace el siguiente reparo:

La noción de dependencia, que tiene importancia en materia de responsabilidad extracontractual del principal por el hecho del dependiente, deviene innecesaria e irrelevante en materia contractual (obligacional). El deudor responde por el mero hecho de hacer ejecutar la prestación por un tercero, por él introducido a tal fin (Pizarro, 2006, p. 55).

La razón de esta distinción, consiste en que la relación de dependencia, que es un requisito indispensable en la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, no es necesaria en la responsabilidad contractual por el hecho de un tercero. La figura del auxiliar es mucho mas amplia que la del dependiente, puesto que no requiere de una relación de dependencia, lo cual ha permitido encuadrar en la categoría de auxiliares tanto a los colaboradores subordinados, como aquellos que son autónomos y externos con relación al deudor. En este sentido Visintini (2015) expone lo siguiente:

Sin embargo, la categoría de los ‘auxiliares’, término que aparece en la rúbrica del art. 1228, y de los ‘terceros de cuya obra se vale el deudor en el cumplimiento’, expresión que aparece en el texto de la norma, es mucho más amplia que la distinta formula, ‘encargados’, utilizada en el art. 2049, en sede de responsabilidad por hechos ilícitos. Esto le ha permitido a la jurisprudencia encuadrar en la categoría de los auxiliares a todos los que obran en la ejecución de la prestación prometida por el deudor, ya sea titulo de colaboración subordinada o autónoma y externa. [...] (p. 202)

Esta distinción, marca una diferencia fundamental entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual por el hecho de un tercero, y obedece a las características propias de la responsabilidad contractual, tal como pasará a exponerse.

El hecho de que se utilice un tercero para el cumplimiento de la obligación, no hace variar en nada la obligación contraída, ni la responsabilidad del deudor principal, según cierta doctrina, conocida como la teoría de la estructura de la relación obligatoria, se afirma que:

La intervención de otra persona, que es introducida por el deudor al tiempo de ejecutar lo adeudado, conduce a dos conclusiones fundamentales: la primero, la irrelevancia jurídica de la sustitución; y la segunda, la equivalencia de los comportamientos entre el sustituido y quien lo sustituye” (Pizarro, 2006, p. 71).

En la misma línea, la doctrina de España apunta lo siguiente:

[...] En materia de responsabilidad contractual significa que el deudor incumple cuando incumple alguno de sus dependientes; y, por consiguiente, que los dependientes son auxiliares del deudor en el cumplimiento. Por la misma razón el deudor incide en

responsabilidad (contractual) cuando los actos de sus dependientes resulten dañosos para el acreedor [...] (Díez-Picazo, 2011, p. 383).

A lo anterior, debe sumarse el principio de la relatividad de los contratos, que en el caso de la legislación colombiana tiene sustento en el artículo 1602 del Código Civil, con base en el cual, un contrato legalmente celebrado, crea obligaciones para las partes, mismas partes que no pueden exonerarse de sus obligaciones alegando que las descargaron en un dependiente o tercero. En este sentido, la doctrina nacional advierte que permitir que la intervención de un tercero constituya una causal de exculpación significaría resquebrajar toda la responsabilidad contractual, a este respecto se dice que:

Si el deudor no asumiera el riesgo del comportamiento del tercero que ejecuta el contrato, toda la teoría de las obligaciones quedaría desvertebrada, pues los deudores contractuales se limitarían a delegar en terceros la ejecución del contrato, pudiéndose exonerar de responsabilidad demostrando ausencia de culpa o, incluso, alegando que el acreedor debe demostrarles una culpa que hubiera tenido incidencia causal en el incumplimiento (Tamayo, 2007, p. 663).

Sobre la fuerza vinculante del contrato y su efecto en la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, la doctrina extranjera considera que:

La comparación entre las dos ramas de la responsabilidad fue, y permanece hoy, gravemente falseada por el desconocimiento, más o menos general en doctrina, del principio de responsabilidad que pesa sobre el deudor contractual por el hecho de toda persona -dependiente, auxiliar no dependiente o sustituto- que él ha introducido voluntariamente en la ejecución de su obligación contractual o a quien ha dejado ejecutar en su lugar. Empero, este principio que impone la fuerza obligatoria del contrato es ahora y cada vez más aplicado por los tribunales [...] (Viney, 2007, p. 349).

Existe en la práctica una tendencia creciente a la utilización de terceros en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor contractual, frente a este fenómeno, la doctrina en Francia comenta lo siguiente:

Es necesario decir que “la actividad contractual de los dependientes” es al menos tan importante como su actividad extracontractual. En efecto, la mayor parte de las empresas que están en relaciones contractuales con su clientela confían la conclusión, y sobre todo la ejecución, de sus compromisos a dependientes. Ello es verdad tanto en el sector de la

industria como en el sector del comercio o de la prestación de servicios. (Viney, 2007, pág. 351)

Con el fin de delimitar la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, se hace necesario precisar la figura del auxiliar, advirtiendo que esta figura no se limita a los hechos de los dependientes del deudor, debido a que el deudor puede integrar al cumplimiento de la obligación, gran variedad de terceros, es así como en la doctrina se habla de auxiliares en sentido amplio, los cuales a su vez se pueden clasificar en colaboradores o sustitutos.

Respecto de la primera categoría, referida a los colaboradores, tenemos a aquellos terceros que se encuentran subordinados o en relación de dependencia con el deudor contractual; mientras que en la segunda categoría, referida a los sustitutos, entrarían los profesionales y subcontratistas de los que se vale el deudor contractual, teniendo esta categoría mayor autonomía e independencia que la primera.

Solo los sustitutos suplantán al deudor en la ejecución material de la prestación, y por lo tanto, la regla de no utilizar terceros en aquellas relaciones de carácter infungibles o *intuitu personae*, se limita por lo general a los sustitutos, sin que se prohíba la utilización de meros colaboradores que auxilien al deudor en la ejecución personal de la prestación debida. Al respecto de esta terminología, la doctrina argentina señala lo siguiente:

El concepto de auxiliar contractual (obligacional) es hoy, sensiblemente más amplio y abarca a todo tercero *“que interviene en la relación obligatoria por iniciativa del deudor, en la condición de agente de cumplimiento de la prestación comprometida, sin asumir la condición de deudor frente al acreedor, caracterizándose, en este último sentido, por su ajenidad a la relación obligatoria, en cuyo cumplimiento interviene”* (Pizarro, 2006, p. 44).

Por lo anterior, resulta mucho más exacto referirse a la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, toda vez que la figura del auxiliar abarca gran variedad de terceros que intervienen en el cumplimiento de la obligación, sin limitarse a una clase específica de ellos.

Se advierten en el ámbito contractual, diversas variables y situaciones que no se vislumbran en la responsabilidad extracontractual, y que por lo tanto, ameritan algunas consideraciones. Lo anterior, se debe a que en la actualidad, el deudor contractual establece gran diversidad de relaciones jurídicas con otras personas, sean naturales o

jurídicas, con miras a dar cumplimiento a la obligación contractual, lo cual se realiza a través de contratos laborales, de la subcontratación, asociaciones, etc. que pueden dar lugar a fenómenos tales como, conjuntos de contratos, contratos coligados o conexos, o una estipulación a favor de otro. Estos fenómenos merecen un comentario particular.

Cuando se presentan varios contratos relacionados entre si, el problema se circunscribe casi siempre a responder si es posible que el beneficiario a un extremo del grupo de contratos, pueda exigir del deudor ubicado al otro extremo, con el cual no celebró ningún contrato, las acciones derivadas del incumplimiento contractual, entre ellas, la de responsabilidad contractual.

El principio de la relatividad contractual es el principal obstáculo en la tendencia moderna a ampliar la responsabilidad contractual en los casos donde se presentan grupos de contratos, este fenómeno de la contractualización de la responsabilidad, consiste en ampliar el rango de la responsabilidad contractual frente a terceros ajenos al contrato principal. Según Pizarro & De la maza (2006) este fenómeno se presenta gracias a la estipulación en favor de otro, y al respecto explican lo siguiente:

En la jurisprudencia nacional es posible constatar, en ciertas hipótesis, un fenómeno de contractualización de la responsabilidad civil. Este fenómeno se verifica a través del recurso a la estipulación a favor de otro. Por una ficción jurídica se interpreta que el agente directo del daño celebró una estipulación a favor de la víctima con el tercero civilmente responsable. De esta manera, la víctima, al aceptar dicha estipulación, puede exigir la responsabilidad contractual del co-contratante de su contraparte. Se trata de un expediente usual para contractualizar la responsabilidad civil. Por ejemplo, las transfusiones de sangre que han contaminado al enfermo han sido entendidas, cuando el producto es proporcionado por una sociedad distinta del establecimiento de salud, como una estipulación a favor de la víctima que no contrato la empresa distribuidora de sangre.

A pesar de la ausencia de contrato entre la víctima y el supuesto promitente, se aplican las reglas de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, no hay que olvidar que la estipulación a favor de otro requiere la aceptación del beneficiario para ser exigible. Antes de la aceptación, no sólo las partes de la estipulación pueden acordar revocar el derecho ingresado al patrimonio del beneficiario, sino que este último puede no aceptar y, en consecuencia, regirse por las

reglas de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, la estipulación a favor de otro permite burlar el principio de no concurrencia de responsabilidades. En definitiva, la víctima al aceptar la estipulación en su favor, podrá optar entre perseguir la responsabilidad contractual del promitente o agente directo o, en segundo término, ignorar la estipulación y preferir la vía casidelictual. En virtud de la estipulación a favor de otro se establece una verdadera opción de estatuto de responsabilidad civil. Con todo, este recurso ha sido aplicado sólo de manera excepcional por los tribunales chilenos.” (p. 142).

Además de la estipulación a favor de otro, la doctrina foránea ha utilizado otra institución para dar cabida a la responsabilidad contractual en contratos vinculados económicamente. En esta línea, es posible rastrear al menos otras dos nociones doctrinales en favor de la extensión de la responsabilidad contractual en contratos relacionados. El tratadista Francés Chistian Larroumet (2006), divide el fenómeno en dos hipótesis; la primera, se trata de aquellos casos en los cuales el acreedor extremo es también un sucesor en los derechos del acreedor-deudor intermedio, en ésta hipótesis se acepta la posibilidad de la extensión de la responsabilidad contractual, al respecto se afirma lo siguiente:

En realidad, los derechos del acreedor-deudor intermedio, y en particular, la garantía debida por el vendedor originario o por el suministrador de los materiales, fueron transferidos al acreedor extremo al mismo tiempo que la cosa. Se trata de una cesión de crédito de garantía, la cual es accesoria a la transferencia del bien. Sin embargo, esta cesión no le prohíbe a Tertius dirigirse contra Secundus por lo que fuere responsable. Por consiguiente, Tertius tendrá dos deudores, Secundus y Primus. Si Tertius solamente pide reparación a Secundus, lo que es perfectamente legítimo, Secundus podrá repetir contra Primus sobre el fundamento de la subrogación legal entre codeudores (artículo 1251-3° del Código Civil francés; artículo 1610 N° 3, del Código Civil chileno).

Puesto que los derechos del sucesor en contra del deudor de su cocontratante le son transferidos con la cosa, no hay razón para limitar esta transferencia solamente a la acción por responsabilidad o por garantía. Por el contrario, se debe admitir también para otros derechos. Por ejemplo, Tertius debe tener el derecho de pedir la resolución del contrato concluido entre Secundus y Primus por inexecución de sus obligaciones por este último. La jurisprudencia lo ha admitido. (p. 21).

La segunda hipótesis, se configura cuando el acreedor extremo no es al mismo tiempo un sucesor en los derechos del acreedor-deudor intermedio. La noción en favor de la extensión de la responsabilidad contractual en estos casos, sería la que se denomina como conjunto de contratos. Siguiendo a Larroumet (2006, p. 30) el principio del efecto relativo de los contratos no encuentra contradicción cuando se trata de un conjunto de contratos relacionados entre sí, siendo posible en estos casos que el deudor de un contrato, sea deudor del otro contrato, y el acreedor de un contrato, también lo sea del otro contrato. Sin embargo, es el mismo autor quien plantea la dificultad de dar una definición exacta a la noción de conjunto de contratos, razón por la cual, tal noción debería limitarse solamente a los casos de subcontratación.

En síntesis, según la doctrina que se acaba de comentar, la extensión de la responsabilidad contractual en contratos relacionados, solo tendría justificación cuando existe sucesión de los derechos del acreedor-deudor intermedio en favor del acreedor principal, y en los casos de subcontratación.

En realidad, la extensión de la responsabilidad contractual en los casos de contratos relacionados, no afecta la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de un tercero, debido a que en ninguno de los casos en que es válido hacer la extensión, la responsabilidad contractual del deudor principal sufre variación frente a su acreedor principal. Lo que se pretende con la extensión o ensanchamiento de la responsabilidad contractual, es que un tercero con quien el acreedor principal afectado no celebró ningún contrato o convención, asuma una responsabilidad contractual frente a dicho acreedor, y no que el deudor principal deje de responder bajo los parámetros de la relación contractual, por lo tanto afirmamos, que la extensión de la responsabilidad contractual no afecta la posición del deudor principal, quien en todo caso debe responder contractualmente frente al acreedor principal afectado.

Subsisten, sin embargo, algunas inquietudes importantes. Una de ellas tiene que ver con los efectos del dolo y la culpa grave, que conforme el artículo 1616 del Código Civil, generan una indemnización más amplia en favor del acreedor afectado; cabe entonces preguntarse: ¿qué sucede cuando el incumplimiento se debe al dolo o culpa grave de un auxiliar?, ¿podría afirmarse en tales casos, que los efectos del dolo o culpa grave se transfieren directamente sobre el deudor principal? o en cambio ¿qué los efectos del dolo y culpa grave no alcanzan a dicho deudor?

Se trata sin duda, de una zona gris en la materia. En este punto, parte de la doctrina foránea considera que el alcance de la responsabilidad del deudor por el daño causado por un auxiliar introducido en calidad de agente de cumplimiento, es exactamente la misma, que corresponde cuando el incumplimiento se debe a una conducta personal del

deudor. En razón de lo anterior, el deudor debe soportar las consecuencias del dolo de su auxiliar. Al respecto se afirma lo siguiente:

[...] Así las cosas, no vemos razón alguna para formular distinciones en esta materia y para separarnos de la solución que impone el principio de equiparación: el dolo obligacional del auxiliar provoca la responsabilidad (dolosa) del deudor como si él mismo hubiese incumplido deliberadamente la obligación. El dolo del auxiliar es un riesgo asumido por el deudor y no puede ser considerado caso fortuito para excluirlo [...] (Pizarro, 2006, p. 84).

Otras inquietudes, tienen que ver con las denominadas obligaciones accesorias, derivadas de la buena fe contractual, artículo 1603 del Código Civil. En ese sentido se cuestiona sobre: ¿qué sucede cuando, sin afectar la obligación principal, se constata un incumplimiento de las obligaciones accesorias por parte del auxiliar?, ¿podría afirmarse en estos casos, que los efectos del incumplimiento de estas obligaciones accesorias radican exclusivamente en el auxiliar que las incumplió? o en cambio ¿qué los efectos de su incumplimiento se trasladan sin vacilación al deudor principal?

Respecto de este punto, habría que analizar cuáles son los efectos del incumplimiento de las obligaciones accesorias por parte del auxiliar en relación con la obligación principal, teniendo muy en cuenta la regla del doble límite, que consiste según la doctrina foránea (Larroumet, 2006, p. 26) en que el acreedor principal no tiene más derechos contra el tercero autor material del daño, que los que tiene en contra de su deudor contractual; así mismo, el tercero en ningún caso adquiere más obligaciones frente al acreedor principal de las que asumió con el deudor que lo introdujo en el cumplimiento contractual. Por lo anterior, siempre y cuando se respete esta regla del doble límite, podría afirmarse que el incumplimiento de las obligaciones accesorias por parte de un dependiente, conlleva del mismo modo la responsabilidad del deudor principal.

Con relación a este aspecto, la doctrina foránea (Pizarro, 2006, p. 61) no tiene problemas en señalar que el deudor asume una obligación de seguridad respecto de los daños que el tercero auxiliar pueda causar al acreedor en intereses o bienes distintos al de la prestación principal. Sin embargo, también se advierte que cuando el contrato solo constituye ocasión accidental para que el daño se produzca, no se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, sino de responsabilidad extracontractual.

Pongamos por ejemplo, un caso en el cual una empresa de tecnología contrata una firma especializada para realizar una auditoria contable, y en razón de la ejecución del

contrato, la firma contable contrata a su vez un contador con el objeto de realizar un estudio de la información contable de la empresa de tecnología, ocurriendo que el contador, con fines delictivos, sustrae varios equipos de la empresa de tecnología, con el argumento de que necesita estudiar la información en ellos contenidos, pero que en realidad son vendidos por dicho contador. En este ejemplo, el daño sufrido por la empresa de tecnología no se deriva del incumplimiento de las obligaciones propias del contrato de auditoría, a pesar de que la ejecución del contrato, sí constituyó una ocasión para la comisión del delito por parte del auxiliar. En este caso, la responsabilidad del deudor, por el hecho del auxiliar que cometió el delito, deberá someterse al régimen de la responsabilidad extracontractual y no al régimen contractual.

A pesar de lo anterior, es importante advertir que gracias a la tendencia del ensanchamiento de la responsabilidad contractual, muchas de las hipótesis de daños al acreedor que antes eran tratados como típicos casos de responsabilidad extracontractual, son hoy tratados como casos de responsabilidad contractual. Según Jordano (1987, p. 32) se entiende por incumplimiento contractual, no solo el incumplimiento de la prestación principal, sino también el incumplimiento de aquellas obligaciones de protección y seguridad, derivadas del principio de la buena fe contractual.

En la actualidad, muchos daños causados con ocasión del contrato, y que no tienen que ver con el incumplimiento de la prestación principal, tienen su origen en el incumplimiento de obligaciones de protección o seguridad, y no escapan a la esfera de la responsabilidad contractual. Por lo anterior, se hace énfasis en que la responsabilidad extracontractual se encargará de aquellos daños en que el contrato es solo una ocasión accidental para su ocurrencia, siempre y cuando no se trate de daños derivados del incumplimiento de obligaciones accesorias tales como, las obligaciones de protección, de seguridad o de información, caso en el cual, la responsabilidad sería contractual debido al ensanchamiento que ha sufrido la responsabilidad contractual.

En este orden de ideas, la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de un auxiliar incluye los daños derivados del incumplimiento de la obligación principal, así como también, del incumplimiento de las obligaciones accesorias derivadas del principio de la buena fe contractual, quedando por fuera, los daños causados con ocasión meramente accidental de la ejecución del contrato. Si el auxiliar causa un daño en la última de las circunstancias anotadas, deberá acudir a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, es preciso advertir que las relaciones de consumo, implican casi siempre la existencia de grupos o cadenas de contratos, en los que gracias a los avances legislativos, se permite a la víctima exigir del empresario con quien no celebró ningún

contrato, la responsabilidad civil. Sin embargo, la acción indemnizatoria en favor de la víctima dentro de las relaciones de consumo, escapa a la clasificación tradicional de una responsabilidad civil contractual o extracontractual. En tal sentido, se trata de regulaciones legislativas especiales que unifican ambos regímenes de responsabilidad.

A la par de la responsabilidad por productos defectuosos establecida en el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011, también existen otros eventos específicos, donde la clasificación de la responsabilidad en contractual o extracontractual no tiene mayor importancia, por ejemplo, la responsabilidad de los administradores regulada en la Ley 222 de 1995.

Con relación a la regulación especial de estos tipos de responsabilidad, la doctrina afirma que: “en todas estas hipótesis, la calificación de la responsabilidad no tiene ningún interés, porque las reglas de reparación son las mismas tanto en materia contractual como en materia extracontractual.” (Larroumet, 2006, p. 11). Se hace claridad que en Colombia, las reglas de la reparación en materia contractual y extracontractual tienen diferencias sustanciales.

En nuestro ordenamiento jurídico, se cuentan como características propias y particulares de la responsabilidad civil contractual; la graduación de culpas, artículo 1604 del Código Civil; la constitución en mora del deudor, artículo 1608 *ibidem*; y la limitación de la indemnización a los daños previsibles cuando no hay dolo por parte del deudor, artículo 1616 *ibidem*; entre otras.

Sin perjuicio de las inquietudes que aun subsisten, es posible concluir que la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de un auxiliar se trata de una responsabilidad fundada en el hecho propio del deudor, quien responde de manera directa sin importar que el incumplimiento haya sido causado por un tercero introducido por el deudor contractual para el cumplimiento de sus obligaciones, inclusive en aquellos casos en que el tercero cuenta con plena autonomía, tal como sucede con los contratistas y subcontratistas.

A pesar de la divergencia sobre el fundamento de la responsabilidad contractual por el hecho de otro, tanto la doctrina nacional (Tamayo, 2007, p. 663), como la doctrina extranjera (Pizarro, 2006, p. 84, 85), contata la existencia de un principio de equiparación, según el cual, el deudor debe responder por el hecho de sus auxiliares de la misma manera en que tendría que hacerlo en caso de haber ejecutado personalmente la obligación. Lo anterior se debe a la naturaleza particular de la responsabilidad contractual. Tal como lo analizamos anteriormente, la tendencia al ensanchamiento de la responsabilidad contractual denominada ‘*contractualización de la responsabilidad civil*’ no afecta la forma en que debe responder el deudor principal por el

incumplimiento causado por su auxiliar. Lo anterior, sin perjuicio de que el deudor contractual tenga la facultad de repetir, en todo o en parte, en contra del auxiliar autor material del incumplimiento.

Antes de pasar a estudiar los requisitos especiales de la responsabilidad del deudor por el hecho de un auxiliar, los cuales deben concurrir para que se configure este tipo de responsabilidad, es importante recordar que toda responsabilidad contractual requiere de la presencia de unos requisitos básicos, que consisten en el incumplimiento contractual, el daño, y nexo de causalidad entre ambos. Al respecto, el artículo 1613 de nuestro Código Civil consagra lo siguiente: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento [...]”

Adicionalmente, la responsabilidad contractual del deudor por el hecho del auxiliar tiene dos presupuestos, según el autor Pizarro (2006, págs. 50, 51) el primero de ellos se trata de la existencia de una obligación específica entre el deudor y el acreedor, en la cual, el auxiliar es un tercero extraño; y el segundo, consiste en que la prestación en cabeza del deudor no puede tratarse de una obligación *intuitu personae*. Al respecto de este último presupuesto, nuestro Código Civil estipula en el artículo 1630, que en las obligaciones de hacer que tienen en cuenta la aptitud y el talento del deudor, se encuentra prohibida la ejecución por parte de terceros, a menos que medie autorización del acreedor.

1. La intervención del auxiliar en el cumplimiento de la obligación debe responder a la iniciativa del deudor.

Para la configuración de este requisito de la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, se requiere que el deudor haya introducido voluntariamente al auxiliar en el cumplimiento de la obligación, sin importar que el auxiliar se trate de un dependiente, colaborador o sustituto, ya que lo que interesa es que el auxiliar intervenga en el cumplimiento de la prestación debida por la decisión, expresa o tácita, del deudor.

La doctrina italiana se refiere a este requisito como una exigencia básica de la responsabilidad contractual por el hecho de otro, al respecto Visintini (2015) afirma que:

[...] El único límite de la responsabilidad contractual por el hecho de otro deriva de la exigencia de que en la base del empleo del auxiliar esté una iniciativa exclusiva del deudor, y no del acreedor, respecto al cual el auxiliar debe presentarse como un tercero extraño (p. 202).

Vale la pena preguntarse entonces, ¿que sucede cuando al acreedor ha sufrido un daño por parte de un auxiliar del deudor que no tenía autorización del deudor para intervenir en la ejecución de la obligación?

A este respecto y siguiendo a Pizarro (2006, p. 52) se considera que en tales casos, la responsabilidad del deudor se puede ver comprometida bajo parámetros distintos, como el de la responsabilidad extracontractual, siempre y cuando se cumplan los requisitos generales y especiales de ese tipo de responsabilidad, es decir, que se constate la existencia de un hecho imputable, un daño, y un nexo de causalidad, y adicionalmente, una relación de dependencia entre el principal y el auxiliar que causó el daño, que el daño se haya causado en ejercicio de la función o con ocasión de la misma, y por último, la actuación culposa del auxiliar.

En mi concepto, la justificación del requisito que venimos tratando, se encuentra en la naturaleza misma de la responsabilidad civil contractual, la cual requiere como presupuesto, que exista una obligación previa y específica entre el deudor y el acreedor, o en otras palabras, la exigencia de un vínculo preexistente entre un deudor y su acreedor. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual, la cual surge de la violación de un deber general de no dañar a nadie, y que en los términos de Jordano (1987) consiste en un “genérico deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena” (p. 28), y sin que se requiera de un vínculo específico y preexistente.

Con base en lo anterior, resulta necesario que el daño causado por un auxiliar se enmarque precisamente dentro del vínculo contractual preexistente entre el deudor y su acreedor, lo cual resultaría imposible, si el deudor no introduce voluntariamente al auxiliar en el cumplimiento de la obligación o prestación debida. Tal como se mencionó anteriormente, esto no conlleva la irresponsabilidad del deudor por los daños causados al acreedor por auxiliares no autorizados, sino que la responsabilidad en tales casos, no será una responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar. Sin embargo, hay que hacer una precisión frente a este requisito, en el sentido de que la autorización no tiene que ser necesariamente expresa, según la doctrina foránea (Pizarro, 2006, pág. 52) puede tratarse de una autorización tácita.

Parte de la doctrina nacional ha llegado a considerar que incluso en aquellos casos en que el incumplimiento se debe a un dependiente no autorizado por el deudor para intervenir en el cumplimiento del contrato, la responsabilidad del deudor seguirá siendo contractual. En este sentido es afirmado que:

En nuestro concepto, aunque la ley no consagre un principio general de responsabilidad en tales circunstancias, la naturaleza de las cosas impone que si el incumplimiento

contractual se debe al comportamiento de una de estas personas que estaban bajo la responsabilidad del deudor, este seguirá respondiendo contractualmente. Así, por ejemplo, si el hijo del depositario se roba la cosa depositada, el depositario no podrá alegar como causal de exoneración el hecho exclusivo de un tercero, puesto que el hijo estaba bajo su esfera de vigilancia (Tamayo, 2007, p. 659).

Lo anterior, da cuenta de que la frontera entre los dos regímenes de responsabilidad es a veces muy difusa. Según el tratadista nacional que se acaba de citar, sí el incumplimiento proviene de la actuación de una persona que depende del deudor, así no estuviera autorizado para intervenir en el cumplimiento de la obligación, se trata de una responsabilidad civil contractual en cabeza del deudor. Sin embargo, la doctrina foránea citada anteriormente, plantea la necesidad de que el auxiliar que causa el incumplimiento contractual cuente con autorización, expresa o tácita, por parte del deudor, requisito sin el cual, no puede hablarse de una responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar.

En el caso que trata la doctrina nacional citado anteriormente, a diferencia de lo que sucede cuando un auxiliar autorizado causa un daño extracontractual al acreedor, se trataría de un incumplimiento contractual a causa de un dependiente no autorizado por el deudor para intervenir en el cumplimiento de la prestación debida, por lo cual considero, que si bien es cierto, sí se configura una responsabilidad contractual en cabeza del deudor, siempre y cuando se encuentren acreditados todos los requisitos de la responsabilidad contractual; en mi opinión, no estaríamos frente a una responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar propiamente dicha, sino, ante una responsabilidad contractual básica, ya que la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, requiere necesariamente que el auxiliar se encuentre autorizado por el deudor para intervenir en el cumplimiento de la obligación.

Según la doctrina foránea (Pizarro, 2006, p. 52, 53) resulta irrelevante para el requisito que estamos tratando, que el deudor no se encuentre en condiciones de cumplir personalmente la prestación, o que en la escogencia del auxiliar intervenga el acreedor, o que el auxiliar sea consciente de su intervención en el cumplimiento de una obligación ajena, así como tampoco importa las calidades que revista el auxiliar, puede tratarse de un dependiente, colaborador o sustituto; incluso es irrelevante que no se logre individualizar al auxiliar que causó el daño, siempre y cuando, se tenga certeza eso sí, que el daño fue causado por uno cualquiera de los auxiliares autorizados por el deudor.

2. El auxiliar debe ser ajeno a la relación obligatoria.

Según Visintini (2015, p. 202) se trata de un requisito que busca establecer un límite a la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar. El auxiliar no puede ser deudor del acreedor principal, su posición con relación al acreedor principal, debe ser la de un tercero extraño.

Tal como lo vimos en el título sobre los requisitos de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, dicho auxiliar puede tratarse del dependiente, colaborador o sustituto del deudor principal. A pesar de que el auxiliar pueda revestir distintas calidades, en ningún caso, puede llegar a ser considerado deudor del acreedor principal.

Lo anterior no significa que el auxiliar esté libre de la responsabilidad civil. En gran número de casos, el auxiliar es también un deudor dentro de su propia relación contractual. En otras palabras, el auxiliar, bien sea que se trate de un trabajador, un subcontratista, o un prestador de servicios, tiene una relación contractual con el deudor que lo introdujo al cumplimiento de la obligación, y por lo tanto, el incumplimiento dentro de la relación deudor – auxiliar, debe resolverse a la luz de la responsabilidad contractual. En este sentido la doctrina precisa lo siguiente:

En cambio, en el campo puramente contractual, el auxiliar no dependiente o el sustituto puede ser un miembro de la misma profesión que el deudor (reemplazante o asistente de un médico, colaborador no dependiente de un abogado, de un notario, banquero designado por un colega para realizar una operación en el extranjero, etc.), un subcontratante (subcontratante subtransportador) que posee una total independencia en la organización de su actividad. No hay entonces ninguna razón para que escape a sus responsabilidades, particularmente a aquellas que él ha asumido frente a su contratante aceptando ejecutarlas en su lugar. En consecuencia, cuando el acreedor víctima de la inexecución actúa contra el deudor principal y le solicita reparación de un daño causado por un auxiliar o un sustituto no dependiente, sobre el fundamento de los principios de la responsabilidad contractual por el hecho de otro, el demandado está habilitado siempre para llamar en garantía a su propio compañero y, si él ha debido indemnizar a la víctima, podrá ejercer contra él un recurso que estará fundado en el subcontrato o, más ampliamente, en la relación de derecho que lo liga con el ejecutante (Viney, 2007, p. 354).

Tal como lo señala la doctrina nacional (Tamayo, 2007, p. 664) también resulta posible que el hecho u omisión del auxiliar que da lugar al incumplimiento de la obligación principal, conlleve la responsabilidad del auxiliar frente al acreedor principal, sin embargo, tal responsabilidad será, por regla general extracontractual, toda vez que entre auxiliar y el acreedor principal, no existe ningún vínculo contractual. Según la doctrina

foránea (Viney, 2007, p. 390) la responsabilidad contractual es admitida en principio solo en las relaciones entre los contratantes principales.

A pesar de lo anterior, en ciertos casos, el acreedor principal puede tener una acción contractual en contra del auxiliar causante del incumplimiento contractual. Esta tendencia no ha sido extraña a nuestra jurisprudencia, así se constata por ejemplo en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se discutía dentro de uno de los cargos, la imposibilidad de imputar responsabilidad civil contractual en contra del médico designado por una institución de salud para ejecutar una intervención quirúrgica a favor de un paciente con quien el médico no había celebrado ningún contrato. A pesar de los esfuerzos del abogado del médico demandado por sacar adelante el cargo de casación, la Corte Suprema de Justicia consideró que el cargo no prosperaba, bajo el entendido de que en casos como el particular, era posible imputar responsabilidad contractual en cabeza del médico ejecutor material del contrato, quien por su culpa, había dado lugar al incumplimiento contractual. Al respecto en la mentada sentencia se consideró lo siguiente:

Tratándose del primer punto, como ya se observó, la tendencia está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis, que como se vio, van desde “una responsabilidad accesorio”, pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta la unidad y la estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en la condición de agente o auxiliar del primero (JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, 2002, p. 2375).

A pesar de lo anterior, en la misma sentencia que se acaba de citar, hubo un salvamento de voto del magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, quien se aparta de la decisión mayoritaria, por considerar que no era posible atribuir responsabilidad contractual en contra del médico ejecutor de la prestación, así como tampoco, que resultaran condenados solidariamente ambos demandados. Según el salvamento de voto de magistrado Trejos Bueno (JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, 2002, p. 2383) al no existir un vínculo contractual entre el profesional de la medicina y el paciente, la responsabilidad de aquel debe ser necesariamente extracontractual.

A pesar de la tendencia que se acaba de comentar, que consiste en permitirle al acreedor principal una acción contractual en contra del auxiliar incumplido, y que según Gaviria (2014, p. 40) constituye una manifestación de la extensión de la responsabilidad contractual a casos en los que no existe un vínculo contractual, lo cierto es que el

auxiliar que interviene como agente de cumplimiento de la obligación, debe ser ajeno a la relación obligatoria principal, si no fuera así, perdería la calidad de auxiliar y pasaría a ser un deudor más del acreedor principal. Ya no estaríamos frente a la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, sino frente a un fenómeno de obligación con sujeto pasivo plural, o cesión de la posición contractual.

A modo de conclusión, tenemos entonces que el auxiliar debe ser ajeno a la relación obligatoria en la que interviene como agente de cumplimiento. En este sentido, el auxiliar es un tercero frente al acreedor principal, situación que no conlleva la irresponsabilidad del auxiliar que haya dado lugar al incumplimiento contractual. Tal como se acaba de ver, el auxiliar culpable será responsable ante el deudor que autorizó su intervención en la ejecución de la obligación, y también es posible que resulte responsable ante el acreedor principal, bien sea con base en una responsabilidad civil extracontractual como regla general, o con base en una responsabilidad contractual en contadas ocasiones, esto último, gracias a la extensión de la responsabilidad contractual y a la figura de la estipulación a favor de otro.

Una última precisión, tiene que ver con el hecho de que la ajenidad del auxiliar frente a la relación obligatoria principal debe constatarse durante todo el tiempo de ejecución del contrato, de modo tal que el auxiliar conserve dicha calidad durante todo el tiempo en que interviene en calidad de agente cumplimiento dentro de la relación obligatoria ajena.

3. Relación de causalidad entre el plan de prestación de la obligación y el daño ocasionado por el auxiliar.

Este requisito específico de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, tiene que ver, según la doctrina foránea (Pizarro, 2006, p. 56, 57) con la conexión necesaria entre el hecho del auxiliar y el encargo conferido al auxiliar. Se requiere que el daño causado por el auxiliar, bien sea por acción u omisión, sea un daño contractual propiamente dicho, es decir, que se trate de la vulneración o incumplimiento de alguna de las obligaciones que pesa sobre el deudor principal, de conformidad con la relación obligacional principal.

En este sentido el daño causado por el auxiliar debe enmarcarse dentro del contrato en el cual interviene como agente de cumplimiento, para lo cual resulta necesario que dicho daño sea el resultado de la inejecución, o ejecución defectuosa, de los deberes específicos que le fueron encargados como auxiliar. Si bien es cierto que puede ocurrir que el auxiliar cause un daño al creador por fuera del ámbito de su incumbencia, o en otras palabras, por fuera de la función delegada, tales daños no cumplen con el requisito de la conexidad, y por tanto, serán tratados como daños extracontractuales. En este sentido la doctrina nacional ha comentado lo siguiente:

Ahora, como ya dijimos, para que la responsabilidad que se aplique sea la contractual, es necesario que el daño causado por el tercero constituya la inejecución de una obligación contractual. Tal sería el caso del empleado del vendedor de electrodomésticos que daña el aparato en forma culposa mientras hacía la entrega del mismo al comprador. Es claro que allí la responsabilidad del vendedor es contractual, puesto que se incumplió la obligación contractual de entregar la cosa vendida sana y salva. Pero si ese dependiente, aunque entregue el electrodoméstico en perfectas condiciones, aprovecha el ingreso al domicilio del comprador para sustraerse alguna pintura, entonces la responsabilidad del deudor, es decir el vendedor, será de naturaleza extracontractual puesto que el daño nada tiene que ver con el contrato de compraventa (Tamayo, 2007, p. 657).

Si la conducta u omisión culposa del auxiliar no se enmarca dentro de su encargo, a pesar de que se causen daños al acreedor principal, no estaremos frente a daños de naturaleza contractual, y mucho menos, frente a la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar. Por lo anterior, este requisito no se trata de que el auxiliar, mediante una conducta antijurídica cualquiera cause un daño al acreedor, sino que la antijuridicidad deviene del incumplimiento de la obligación contractual.

Así como en materia de responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependiente se exigía el requisito de la conexidad entre el daño y la función, aquí se exige que el daño causado por el auxiliar tenga conexión con el encargo, razón por la cual, tanto la ilicitud de la conducta, como el daño causado por el auxiliar, serán de carácter netamente contractual. En otras palabras, debe tratarse de un daño que afecte los intereses contractuales del acreedor principal.

En conclusión, para la configuración de la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, se requiere que la actuación u omisión del auxiliar causante del daño se enmarque dentro del plan de prestación contraído por el deudor principal, es decir, que se trate de un daño causado en ejercicio o con ocasión del acto de cumplimiento del encargo del auxiliar.

4. Incumplimiento de la obligación por parte del auxiliar

El último requisito especial de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, consiste en el incumplimiento absoluto o relativo de la obligación por parte del auxiliar. Se trata de un requisito que pone en evidencia el principio de equiparación al que nos referimos en el título inicial, sobre los requisitos de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar.

Conforme con el principio de equiparación, y tal como es aceptado por la doctrina nacional (Tamayo, 2007, p. 663) el único medio de defensa del deudor, consistirá en demostrar que el auxiliar encargado de la ejecución del contrato se comportó del mismo modo en que el legislador lo tenía establecido para el deudor principal, si personalmente hubiera sido este el ejecutor de la prestación. En otras palabras, la intervención del auxiliar en nada modifica la relación obligatoria principal, y por lo tanto, el deudor debe responder por el incumplimiento de su auxiliar, como si se tratara de su propio incumplimiento.

Uno de los requisitos generales de la responsabilidad civil contractual, consiste en el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Siguiendo a Martínez & Martínez (2003, p. 26) puede tratarse de un cumplimiento defectuoso, tardío o insuficiente de una obligación contraída mediante un contrato o convención, incumplimiento que es considerado como el hecho generador de la responsabilidad contractual, ya que sin incumplimiento de la obligación es imposible hablar de responsabilidad contractual. Lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, es que el autor del incumplimiento es un auxiliar, y no el deudor principal. A pesar de esto, una vez se encuentre probado el incumplimiento por parte del auxiliar, no será necesario probar un incumplimiento adicional en cabeza del deudor.

En este sentido, la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de su auxiliar no está fundada en su propia culpa. Según Visintini (2015, p. 202), el deudor debe responder por los daños causados por el auxiliar a pesar de que no se le pueda imputar una culpa personal, ni en la elección, ni en la vigilancia o dirección del auxiliar.

Sobre el efecto del incumplimiento del auxiliar en la responsabilidad contractual del deudor, la doctrina foránea apunta lo siguiente:

En cuanto al campo propio de la responsabilidad contractual por el hecho de otro, éste engloba la responsabilidad en que el deudor incurre cuando la inejecución de la obligación es imputable a un auxiliar no dependiente o a un sustituto que él ha hecho actuar o ha dejado actuar en su lugar (Viney, 2007, p. 353).

En este punto la doctrina nacional es consistente al establecer que la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, no se basa en un sistema de doble culpa, y se afirma que:

En cambio, y esta es la gran diferencia entre los dos órdenes de responsabilidad, en materia contractual la responsabilidad del deudor no se fundamenta en su propia culpa cuando el daño es imputable a un tercero a quien se había encargado la ejecución del contrato o que estaba bajo la responsabilidad del deudor.

Es decir, el comportamiento del tercero no hace presumir la culpa del deudor, lo que significa que el fallador no tiene que averiguar para nada cual fue el real comportamiento de este último. La culpa del tercero compromete automáticamente al deudor, es decir, es su propia culpa (la del deudor) jurídicamente hablando. Por eso el artículo 1738 del Código Civil afirma que “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable” (Tamayo, 2007, p. 660).

En conclusión, puede afirmarse que en la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, la conducta del auxiliar equivale a la conducta del deudor. Ahora bien, resulta importante determinar de qué manera el auxiliar puede dar lugar al incumplimiento de la obligación, para lo cual, debe consultarse sobre qué tipo de obligaciones contrajo el deudor con el acreedor principal, las cuales, pueden clasificarse con base en dos criterios; el primero, tiene que ver con el tipo de interés que busca satisfacer la obligación, y en ese sentido la obligación puede responder, según sea el caso, al interés en la prestación principal a favor del acreedor, o responder al interés de seguridad o información del acreedor; el segundo criterio, tiene que ver con una clasificación doctrinal de las obligaciones, según la cual, las obligaciones pueden ser de medio o de resultado.

Antes de entrar en detalle sobre el tipo de obligaciones que puede incumplir un auxiliar, es preciso advertir sobre la necesidad de que exista una correspondencia o simetría entre la obligación cuya ejecución se delega al auxiliar y la obligación principal. Es decir, la obligación que resulte incumplida por el auxiliar, debe corresponder con la obligación de la relación contractual principal. La anterior precisión obedece a que no siempre la obligación delegada al auxiliar corresponde con exactitud a la obligación de la relación contractual principal, debido a que la relación contractual principal entre el acreedor y deudor, y la relación contractual entre el deudor y su auxiliar, son relaciones autónomas, y por lo tanto, pueden existir obligaciones en una de estas relaciones que no estén presentes en la otra, y viceversa.

En razón de la existencia de dos relaciones jurídicas: una, entre el acreedor y el deudor; y la otra, entre el deudor y el auxiliar; es que Larroumet (2006, pp. 25, 26) ha dicho que en aquellos casos en los cuales se le permite a un acreedor tener acción contractual en

contra del auxiliar, no puede tener dicho acreedor más derechos de los que tenía en contra de su deudor original, a su vez, el auxiliar no puede tener más obligaciones de las que contrajo con el deudor original. Conforme con esta regla, conocida como la regla del doble límite, el hecho de que el auxiliar intervenga como agente de cumplimiento en una obligación ajena, no desconoce los límites de su propia relación jurídica, en otras palabras, el auxiliar se encuentra obligado en los términos de su propio vínculo jurídico, y no en razón del vínculo jurídico que tiene el acreedor principal con su deudor.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que el principio de equiparación al que nos referimos anteriormente tenga plena aplicación, es decir, para que la conducta del auxiliar se subsuma en la del deudor, se requiere también que la prestación que el auxiliar ejecuta en lugar del deudor, corresponda con la misma obligación que a su vez contrajo el deudor con el acreedor principal. En consecuencia, el incumplimiento del auxiliar conlleva automáticamente el incumplimiento del deudor.

Descendiendo a la clasificación de las obligaciones anotada anteriormente, según el primer criterio, nos encontramos con que el auxiliar compromete la responsabilidad del deudor, no solo por el incumplimiento de las obligaciones que buscan satisfacer el interés de prestación del acreedor, sino también, por el incumplimiento de aquellas obligaciones que buscan proteger el llamado interés de protección o seguridad del acreedor. En este sentido se afirma que:

La responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares comprende también los supuestos de daños al interés de protección del acreedor. Como hemos señalado en otra parte de esta obra, el deudor asume una obligación de seguridad respecto de los daños que el tercero auxiliar pueda causar al acreedor en otros intereses, o bienes, distintos al de prestación, en ocasión del acto de cumplimiento (Pizarro, 2006, p. 61).

Ahora, refiriéndonos al segundo criterio de clasificación, obligaciones de medio y de resultado, tenemos que tal distinción no afecta para nada la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de un auxiliar, en el sentido de que solo basta que el acreedor demuestre el incumplimiento del auxiliar, para acreditar automáticamente el incumplimiento del deudor principal, sin que importe que se trate de obligaciones de medio o de resultado. En este sentido la doctrina nacional apunta lo siguiente:

Si se trata de una obligación contractual de medios, el demandante le corresponde demostrar la culpa de quien materialmente ejecutó el contrato, bien sea en forma independiente, bien sea como dependiente del deudor contractual. Pero establecida esa

culpa de quien debía ejecutar el contrato, el deudor contractual no tiene absolutamente ninguna forma de exoneración. [...]

Ahora, tratándose de obligaciones de resultado, el simple hecho del daño derivado de la inejecución del contrato hará presumir la responsabilidad del deudor, quien la mayoría de las veces deberá establecer una causa extraña (C. de Co., art. 992). Si esa causa extraña no es establecida, el deudor será automáticamente responsable. Así las cosas, si el transportador encarga a otro transportador la ejecución de un transporte de mercancías que son robadas por el transportador encargado, el transportador inicial no podrá alegar como exoneración el hecho exclusivo de un tercero, ni mucho menos ausencia de culpa (Tamayo, 2007, pp. 661, 662).

El hecho de que el incumplimiento del auxiliar comprometa la responsabilidad del deudor en los mismos términos que si se tratase de su propio incumplimiento, obedece a una consecuencia lógica del principio de equiparación, y su efecto práctico más importante, que consiste en la completa asimilación entre la conducta del auxiliar con la del deudor.

En definitiva, para que se configure el requisito que venimos tratando, y así mismo la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, resulta necesario que se constate el incumplimiento de una obligación contractual por parte del auxiliar, bien sea que se trate de una obligación de medios o de resultado, o que se trate de una obligación principal o accesoria. El incumplimiento por parte de un auxiliar, tiene el mismo tratamiento jurídico que hubiera tenido el incumplimiento por parte del deudor principal, si el mismo directamente se hubiera encargado de la ejecución del contrato.

e) El contratista.

En el caso colombiano, la figura del contratista no cuenta con una definición expresa en las normas civiles, ni en las comerciales, a diferencia de lo que sucede con la legislación laboral, donde el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la figura del contratista independiente, y hace mención a la figura del subcontratista. El mentado artículo, modificado por el decreto 2351 de 1965, en su artículo 3, consagra lo siguiente:

Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado,

asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva [...].

Similar definición se encuentra en el artículo 2.2.3.2.1. numeral 1° del 583 de 2016, que literalmente contiene lo siguiente:

En los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se hace mención a contratista independiente se entiende como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios a favor de un beneficiario por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Para efectos de la responsabilidad solidaria aplicará lo dispuesto en el citado artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con base en lo anterior, el contratista independiente cuenta con libertad y autonomía técnica y directiva, en oposición a la figura del trabajador, que se caracteriza por el elemento de la subordinación. Subordinación que debe ser continuada según lo disponen las normas laborales, artículo 22 numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, en materia de contratación estatal, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2006, y 1474 de 2011, se refieren de forma reiterada a la figura del contratista, y a pesar de que ninguna de estas leyes da una definición legal de la mentada figura, sí es posible inferir que con dicho término se designa genéricamente a la parte con quien las entidades estatales celebran contratos públicos. Contratos públicos que según el artículo 3° de la ley 80 de 1993, tienen como finalidad el cumplimiento a los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines.

La misma Ley 80 de 1993, en el artículo 32, consagra a título enunciativo, los diferentes tipos de contratos estatales, entre los cuales se encuentran: el contrato de obra, el contrato de consultoría, el de prestación de servicios, el contrato de concesión, y los encargos fiduciarios y fiducia pública.

El Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de mayo de 2001, radicado N° 1.344, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, al referirse sobre la prohibición de doble asignación que consagra el artículo 128 de la Constitución Política, conceptuó respecto de los particulares contratistas, y

especialmente del contrato de prestación de servicios, su carácter autónomo, al referirse a lo siguiente:

La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia c-280/96, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

Conforme lo anterior, se tiene que, en materia de contratación estatal el contratista goza con mayor autonomía para ejecutar el contrato, situación que a su vez, lo diferencia de otros tipos de vinculación con el estado, tal como sería el caso de los trabajadores oficiales, quienes se encuentran subordinados totalmente a la administración.

A pesar de la autonomía e independencia con que cuentan los contratistas del Estado, las entidades estatales no se exoneran de responsabilidad por los daños causados a terceros por parte de sus contratistas en la ejecución de un contrato público. Lo anterior, debido a que la responsabilidad del Estado obedece a unos criterios distintos a los de la responsabilidad civil entre particulares. A partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de agosto de 1939, Magistrado Ponente Hernán Salamancas, la responsabilidad patrimonial del Estado se deslindó de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado. Según la mentada sentencia, la relación de dependencia no es determinante para sustentar este tipo de responsabilidad. A este respecto la renombrada sentencia expone lo siguiente:

[...] Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados

legalmente de poner en actividad esos servicios [...] (Corte Suprema de Justicia, 1939, p. 663).

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el estatuto general de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993, al consagrar los fines de la contratación estatal, consagra como fin principal, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Al respecto, el artículo 3º inciso 1º de la ley 80 de 1993 consagra lo siguiente:

DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (Congreso de la República, 1993).

Con base en lo anterior, tenemos que la contratación pública gira entorno a la prestación eficiente de los servicios públicos a cargo del estado. Servicios públicos que, según el estatuto orgánico de la contratación de la administración pública, se encuentran dirigidos, regulados y controlados por el mismo Estado (ley 80/1993 artículo 2º, numeral 3º). Por lo tanto, a pesar de la independencia y autonomía con que en principio cuenta el contratista estatal, lo cierto es que tales prerrogativas se ven morigeradas por el amplio poder de dirección y control con que cuenta el Estado para garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos.

En todo caso, la responsabilidad del Estado por daños causados por sus contratistas en ejercicio o con ocasión del contrato estatal, no se sostiene sobre los deberes de vigilancia y cuidado típicos de la responsabilidad por el hecho de un dependiente, sino por la deficiente prestación de los servicios públicos. Lo anterior, sin perjuicio de los daños que puedan responder a títulos de imputación distintos, tales como el riesgo excepcional o el daño especial.

Por su parte, en materia civil, a pesar de que el Código Civil no define el término de contratista, es posible afirmar que dicho término se refiere a uno de los extremos de la relación contractual, encargada de ejecutar una obra o prestar un servicio, recibiendo como contraprestación un precio determinado. En este sentido, el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española define el termino contratista como: “Persona que por contrata, a cambio de un precio, se compromete a realizar una obra o prestar un servicio” (www.rae.es/, 2019).

Por su parte, el artículo 1973 del Código Civil define el contrato de arrendamiento en los siguientes términos: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Con base en lo anterior, tenemos que el contrato de arrendamiento es un contrato bilateral, oneroso conmutativo y consensual, en el que una de las partes, denominada arrendador, concede el goce de una cosa, ejecuta una obra o presta un servicio, en favor de otra denominada arrendatario, quien a su vez paga un precio a cambio del goce, obra o servicio recibido.

Conforme con lo anterior, en nuestro sistema jurídico la figura del contratista coincide con el arrendador de obra o de servicios, a que se refiere el artículo 1973 del Código Civil.

Se entiende entonces, que en materia civil el contratista corresponde con aquella persona, sea natural o jurídica, encargada de ejecutar o confeccionar una obra material en beneficio de otro, mediante el contrato de arrendamiento de obra (artículo 2053 del Código Civil); o también, de confeccionar obras inmateriales en las que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, mediante el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2063 del Código Civil).

Según Barcelo (1995, p. 238) lo que más resalta en la figura del contratista es su nota de independencia o autonomía. Por regla general, el contratista actúa por su propia cuenta y riesgo, situación que lo distingue de otras figuras del derecho civil, especialmente de la figura del mandatario, quien según el artículo 2142 del Código Civil, corresponde con la persona que se hace cargo de la gestión de uno o mas negocios ajenos, por cuenta y riesgo del mandante.

En conclusión, la figura del contratista corresponde con toda persona, sea natural o jurídica, ubicada a un extremo de la relación contractual, que tiene como obligación a su cargo la ejecución de una obra o la prestación de un servicio en beneficio de otro, que a su vez se denomina beneficiario de la obra o servicio; y lo que diferencia esta relación contractual, de otras que pudieran tener un objeto similar o parecido, es su carácter autónomo, y que el contratista actúa con sus propios medios y asumiendo todos o parte de los riesgos.

f) El subcontratista.

La figura del subcontratista corresponde a aquella persona, sea natural o jurídica, que asume una obligación contractual con el fin de satisfacer en todo o en parte las prestaciones de un contrato principal. En este sentido, y siguiendo a Hinestrosa (2007, p. 536) puede afirmarse que el propósito de la subcontratación, es la ejecución de un contrato principal por intermedio de un subcontratista.

El Código Civil en su artículo 1499, se refiere expresamente a los contratos principales y accesorios de la siguiente manera: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”

Conforme la norma anterior, el contrato accesorio se encuentra estrechamente relacionado con otro, al que se considera como principal, y en función del cual se celebra y ejecuta el contrato accesorio. Parte de la doctrina ha considerado que el subcontrato es una especie de contrato accesorio, toda vez que con el mismo se busca satisfacer, en todo o en parte, la obligación contenida en un contrato principal. En este sentido Malaurie et Ayaneés sostiene que: “el sub-contrato es un contrato ‘injertado’ en otro contrato, llamado principal [donde] lazos estrechos unen al primero con el segundo, que se coloca bajo la dependencia de aquel.” (como se cita en Hinestrosa, 2007, p. 535)”

La doctrina nacional ha criticado la redacción del artículo 1499 del Código Civil antes comentado, ya que considera que los contratos no pueden clasificarse en principales y accesorios, en el sentido de que todo contrato subsiste por sí mismo, y por tal motivo resulta equivocado hablar de contratos accesorios. En este sentido la mentada doctrina considera que:

Luego, en realidad, no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compraventa, el de permuta y el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, como la anticresis y la fianza (Ospina & Ospina, 2000, pág. 65).

Estos autores consideran, que todos los contratos, principales o accesorios, una vez reúnen todos los requisitos de existencia y validez, nacen a la vida jurídica de forma autónoma. Tal como puede observarse, la crítica apunta sobre todo a la redacción del primer aparte del artículo 1499 del Código Civil, aparte de la norma que se refiere a

que un contrato es principal cuando subsiste por si mismo, sin necesidad de otra convención.

Por mi parte, considero muy cuestionable que el objeto del subcontrato sea asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ya que si bien es cierto que el subcontrato apunta al cumplimiento total o parcial de una obligación contenida en un contrato inicial, esto no significa, necesariamente, que su función consista en asegurar dicho cumplimiento, por lo tanto, y pesar de la estrecha relación entre el contrato inicial y el subcontrato, considero que no puede darse al subcontrato la calificación de un contrato accesorio.

El fenómeno de la subcontratación encuentra su razón de ser en una prerrogativa en cabeza del deudor contractual, quien según Pizarro (2006, p. 37, 38) por regla general puede hacerse reemplazar en la ejecución de la prestación debida. Ahora bien, tal situación no hace desaparecer el contrato inicial entre el acreedor y deudor, en otras palabras, el deudor original no deja de ser tal por el hecho de la subcontratación. En este sentido se afirma que:

En sustancia tal principio consiste en que la utilización por el deudor de un tercero en la actividad de cumplimiento de su obligación no supone, a no ser que el acreedor así lo acepte, una sustitución del sujeto responsable; de modo que se respeta y protege la confianza del acreedor en la responsabilidad del deudor <<originario>>, del único deudor existente, pues el auxiliar, por definición, no es deudor; es un tercero respecto del acreedor. [...] (Jordano, 1987, p. 561).

El fenómeno de la subcontratación envuelve una facultad o prerrogativa en favor del deudor, quien salvo prohibición expresa, puede hacerse sustituir en la ejecución del contrato, al respecto se ha dicho que:

El fenómeno de la subcontratación se presenta en la vida jurídica como una alternativa posible que, en ciertas circunstancias, puede tener una de las partes en un contrato.

En algunos contratos, uno de los contratantes puede, en vez de disfrutar de su derecho o de asumir la obligación que ha contraído, contratar nuevamente con un tercero, a fin de que sea este tercero quien disfrute del derecho o asuma la obligación.

Este nuevo contrato, que celebra una de las partes del contrato antiguo, no extingue este último, de manera que el contratante que recontracta con el tercero se halla doblemente vinculado: es parte del contrato antiguo y del nuevo (Campos, 1981, p. 9).

La subcontratación es un fenómeno de gran alcance jurídico, ya que no se encuentra limitada a cierto tipo de contratos, sino que por el contrario, puede tener cabida respecto de cualquier clase de contrato principal, en el que no se haya prohibido expresamente, o que por tratarse de contratos *intuitu personae* resulte imposible la subcontratación. En consecuencia, es posible constatar la presencia de la subcontratación en gran diversidad de contratos.

Es importante hacer una distinción en este punto, y es que a la par de la subcontratación, tal como la venimos tratando hasta este momento, según la literatura especializada en la materia (De la Garza, 2012, p. 25, como se cita en Cobo, 2017, p. 9) existe otra forma de subcontratación, a la que puede denominarse como subcontratación empresarial, y que no requiere de la existencia de un contrato inicial, ya que es utilizada como una forma de tercerización laboral.

La subcontratación como fenómeno contractual que requiere de un contrato inicial, y cuya finalidad es el cumplimiento en todo o en parte del contrato inicial utilizando un subcontratista, y la subcontratación como forma de tercerización laboral, son dos conceptos parecidos, pero con diferencias fundamentales.

Frente a la primera forma de subcontratación, es decir, la que tiene lugar a la sombra de un contrato preexistente, y cuya finalidad es el cumplimiento de dicho contrato, tiene plena cabida la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar.

Pero frente a la segunda forma de subcontratación, que consiste en una forma de tercerización laboral, y que siguiendo a Valero (1997, p. 60), es utilizada por las empresas para entregar parte de sus procesos a terceros, no resulta aplicable las reglas de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar.

En la subcontratación como forma de tercerización laboral, los terceros que en razón del subcontrato proveen un bien o servicio a la empresa, no son considerados como agentes de cumplimiento en las obligaciones que la empresa contrae con los diferentes clientes, toda vez que la actividad de estos terceros no es la propia de un auxiliar, por cuanto no se enmarca propiamente en la prestación debida, sino que más bien, comporta un antecedente o presupuesto de la prestación, tal como sucede con el fabricante que provee los materiales para la construcción de un edificio, quien no

puede tenerse como auxiliar del empresario constructor. En este sentido la doctrina foránea, a modo de ejemplo ha señalado: “[...] Así, por ejemplo, el fabricante que provee al vendedor de los distintos productos que comercializa, no es un auxiliar de este último; su actividad es un presupuesto en el proceso de venta, pero no constituye estrictamente una actividad auxiliar [...]” (Pizarro, 2006, pp. 57,58).

En aquellos casos en los que el incumplimiento del deudor se enmarca dentro de la subcontratación como forma de tercerización laboral, es decir, cuando el daño causado al acreedor tiene su origen en el incumplimiento de un tercero que no tiene la calidad de auxiliar del deudor, no podremos hablar de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, sino de la responsabilidad contractual básica, toda vez que la intervención del tercero no auxiliar se enmarca como un mero presupuesto de la prestación debida, y en ningún caso es considerado como agente de cumplimiento del deudor. Para el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, es necesario que existan terceros que previamente hayan puesto en manos del deudor bienes y servicios necesarios para que este pueda cumplir con una obligación posterior, tal situación no implica que dichos terceros sean agentes de cumplimiento o auxiliares del deudor.

Es importante señalar que en aquellos casos que el acreedor ha sufrido un perjuicio debido al incumplimiento de un tercero no auxiliar del deudor, siempre y cuando estemos frente a relaciones de consumo, tal responsabilidad será tratada a la luz de la regulación especial en la materia. En este sentido el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011, consagra en su artículo segundo que “Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.”

A modo de conclusión, tenemos que la figura del subcontratista para el caso colombiano presenta por lo menos dos usos distintos, por una parte, el subcontratista es aquella persona natural o jurídica introducida por el deudor a la relación obligatoria inicial en calidad de agente de cumplimiento, mientras que por otra parte, la subcontratación como herramienta de la gestión empresarial es usada por las empresas como forma de tercerización y externalización de los procesos de la empresa, y por lo tanto son dos fenómenos de naturaleza distinta.

Ambas definiciones de la subcontratación son válidas, sin embargo, esta ambigüedad puede generar confusión debido a que no siempre es claro determinar a cuál definición se refiere la doctrina o la jurisprudencia. En el presente trabajo, la definición de la subcontratación como herramienta de la gestión empresarial tiene interés para la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica de derecho privado por el hecho de sus contratistas, debido a que los daños causados dentro del marco de este tipo de

subcontratación podrían comprometer la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica; mientras que la definición de subcontratación como aquella forma de ejecutar las obligaciones contractuales a través de un contratista que actúa en calidad de agente de cumplimiento, será utilizada al momento de evaluar la responsabilidad contractual de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas. Ambos tópicos, serán abordados en el capítulo cuarto.

III. Sub-reglas de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.

a) Situación de autoridad adecuada.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XC, 1959), (Gaceta Judicial CCXL, 1996), (Referencia C-05001310300920020044501, 2011), y (SC13630-2015, 2015), ha entendido que la relación de dependencia no se limita a una relación de tipo laboral, es decir, aquella en la que la subordinación sobre el dependiente es continuada (Art. 22, N° 1°, ley 141 de 1961, Código Sustantivo del Trabajo), sino que bastaría con que se configure una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, para acreditar la relación de dependencia que exige la responsabilidad por el hecho de un dependiente.

En este sentido, y siguiendo un artículo sobre la jurisprudencia de España (González, 2014, p. 53) es posible afirmar, que cuando un comitente se reserva los poderes de dirección, control o vigilancia de los trabajos encomendados a un contratista, resulta posible imputarle responsabilidad por el hecho de un tercero, en este caso de su contratista. Lo anterior, es debido a que pese la autonomía propia de la figura del contratista, en aquellos casos en que el beneficiario de la obra o servicio se reserva los poderes de dirección sobre los trabajos que realiza su contratista, se configura una relación de dependencia que justifica la imputación de responsabilidad en cabeza del comitente.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en aquellos casos en que efectivamente se configure la relación de dependencia entre el comitente y su contratista, tendría plena cabida la responsabilidad extracontractual por el hecho dañino de un contratista. Tal como veremos enseguida, basta con que se configure una situación de autoridad adecuada para dar paso a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.

La jurisprudencia colombiana, poco a poco, se ha ido abriendo paso hacia una concepción más amplia de la relación de dependencia necesaria para que se impute la responsabilidad por el hecho de un dependiente. Es así como en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de septiembre de 1958, Magistrado Ponente Alfredo Cock Arango, al resolver una demanda en la que se pretendía la responsabilidad civil extracontractual de una persona por el hecho de su abogado, la Corte consideró lo siguiente:

Esta pretensión es insólita e inadmisibles, por que ni el que contrata un abogado para que le represente en un litigio o en otra actividad propia de su instituto es amo, ni el abogado que acepta el mandato y lo ejerce es criado, pues la ley ni siquiera quiso clasificar este contrato, es decir el de prestar servicios como abogado, en la casilla del arrendamiento de servicios, como resulta del tenor del artículo 2.144 del Código Civil que dice: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato (Gaceta Judicial LXXXIX, 1958, p. 122).

A pesar de que en la mentada sentencia se niega la posibilidad de la responsabilidad del comitente por el hecho de su mandatario judicial, es importante indicar que dicha providencia tuvo un salvamento de voto del Magistrado Arturo Valencia Zea, según el cual, sí había lugar a declarar la responsabilidad civil del comitente, en razón de que el mandatario judicial estaba obligado a seguir las ordenes e instrucciones del mandante, configurándose de ese modo, la relación de dependencia que exigen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

Casi 40 años después, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, acogió los argumentos expuestos en el salvamento de voto del Magistrado Arturo Valencia Zea en la sentencia de 19 de septiembre de 1958. En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia consideró que la relación de dependencia es una noción de muy holgado espectro, incluso, se hace mención a que la relación de dependencia no se limita a una relación de carácter laboral, ni aquella de carácter civil que surge del contrato de arrendamiento de servicios. En la mentada sentencia, se consideró lo siguiente:

Puestas en este punto las cosas, debe hoy volverse a reiterar que esa relación de dependencia influyente para efectos del Art. 2347 del C. Civil, es una noción de muy holgado espectro que no es dado reducir a ciertas modalidades de contratación como podrían ser, por ejemplo, las que regulan la legislación sustantiva del trabajo o, en el plano civil, el arrendamiento de servicios personales. Es por el contrario y para decirlo con apoyo en las enseñanzas de un afamado expositor (Louis Jossierand. Derecho Civil. Tomo II, Vol. 1º. Cap. II, Núm. 508), una situación jurídica genérica donde una persona, en su propio interés y conservando la autoridad suficiente para orientar la actividad, vigilarla y controlarla, le encarga a otra el ejercicio de una función, de una empresa o de una tarea cualquiera, así no exista entre ambas vínculo contractual alguno de trabajo puesto que, se repite, a los efectos del Art. 2347 del C. Civil el concepto de “subordinación o

dependencia” no supone necesariamente de una fuente de esa clase como lo entendió con acierto el juzgador de segunda instancia en el fallo cuya casación aquí se persigue, y tampoco hace desaparecer la responsabilidad instituida en el precepto tantas veces mencionado, el que la designación del encargado la haya efectuado un tercero distinto del principal. Lo que en verdad importa es, entonces, que para obrar el autor material del daño haya dependido de una autorización del empresario civilmente responsable, luego es claro que la “dependencia” por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, independientemente de que esa labor origen del evento dañoso tenga o no propensión de continuidad y sin que, de igual forma, sea necesaria la existencia de retribución para quien presta el servicio (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 441,442).

Conforme lo anterior, la responsabilidad extracontractual del contratante por el hecho de su contratista tiene acogida en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando, se verifique sobre el contratista la virtual potestad de control y dirección por parte del contratante, sobre el tratamiento de la responsabilidad contractual por el hecho de un contratista nos referiremos más adelante.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad extracontractual de una persona natural por el hecho su contratista, no existen mayores dificultades, ya que la jurisprudencia ha sido consistente en tratar la responsabilidad de las personas naturales por el hecho de otro conforme lo disponen los artículos 2347 inciso 4º y 2349 del Código Civil. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas, subsiste la duda si se trata de una responsabilidad directa o por el hecho propio, tal como se viene afirmando consistentemente desde la sentencia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., o si estamos frente a una excepción a la regla impuesta por la renombrada sentencia.

Con relación a dicha disyuntiva, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 2015, Magistrado Ponente Ariel Salazar Jiménez, al tratar un caso de responsabilidad civil extracontractual de la Diócesis del Líbano-Tolima por el hecho de un sacerdote de la iglesia de San Antonio de Padua, reafirmó la tesis de que las personas jurídicas responden por el hecho propio, a pesar de que en dicho caso no se trataba del hecho de un trabajador, y ni siquiera de un contratista. En consecuencia, podría afirmarse que si en un caso como el decidido por dicha sentencia, donde no existía un vínculo jurídico de naturaleza civil entre la persona jurídica y el párroco de la iglesia de San Antonio de Padua, se dio cabida a la responsabilidad extracontractual

directa de la persona jurídica, con mayor razón, tratándose de un vínculo de naturaleza civil, como lo es aquel que surge entre la persona jurídica y su contratista.

Tenemos entonces que la relación de dependencia o subordinación que debe existir entre el comitente y su dependiente, requiere de una virtual protestad de control y dirección sobre la conducta de otro, en ese sentido, el comitente es un guardián de la conducta del dependiente. En algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia la relación de dependencia que requiere la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente ha sido acuñada como una *situación de autoridad o subordinación adecuada* (Gaceta Judicial CCXL, 1996) (Referencia C-05001310300920020044501, 2011).

b) Ocasionalidad necesaria.

En términos generales, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta judicial XLVIII, 1939), (Gaceta Judicial XC, 1959), y (Expediente No. 04733-01, 2006), (Corte Suprema de Justicia, SC13630-2015), ha entendido que para que opere la responsabilidad por el hecho del dependiente, debe constatarse, entre otros requisitos, que el daño se haya causado en ejercicio de la función, o con ocasión de la función..

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de junio de 2006, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete (Expediente No. 04733-01, 2006) nombró al requisito de la conexidad entre el daño y la función, como una '*ocasionalidad necesaria*', entendida como aquella conexión suficiente para que se configure, en cada caso concreto, la relación entre el daño causado por un dependiente y la función encomendada.

En la mentada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se discutía la responsabilidad extracontractual de una entidad financiera por el hecho ilícito de dos de sus empleados de más alto rango, gerente y subgerente, en el que utilizando papel oficial de la entidad financiera, emitieron documentos en apariencia legales con el fin de inducir en error a las víctimas y consumir el ilícito; en dicha oportunidad, la Corte Suprema consideró que a pesar de que se trata de una actividad extraña a la función y objeto social de la entidad financiera, se configuraba una *ocasionalidad necesaria*, por cuanto los dependientes habían utilizado documentos bancarios, y se trataba de los empleados de más alto rango de la entidad financiera; situación que generaba confianza legítima en las víctimas (Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 04733-01, 2006, p. 14).

Es importante advertir que la tesis organicista, que establecía que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas era directa si el hecho ilícito había sido ejecutado por un órgano de dirección de la persona jurídica; o indirecta, si el hecho ilícito había sido ejecutado por un funcionario subordinado de la persona jurídica, fue

superada desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 1962 M.P. José J. Gómez R.

A pesar de lo anterior, la consideración que se hace en la sentencia del 6 de junio de 2006, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, respecto de que los autores del daño eran empleados del más alto rango de la entidad financiera, tiene razón de ser, debido a que esa fue una de las circunstancias que generó confianza en las víctimas, lo que a su vez les permitió cometer el ilícito.

Ahora bien, el hecho de que los empleados del banco hubieran utilizado papel de la entidad financiera en la comisión del hecho, se trata de un elemento importante en la decisión adoptada en la mentada sentencia, y por la cual fue condenada la entidad financiera por el hecho de sus dependientes. Con base en lo anterior, sería válido afirmar que se configuró una conexidad instrumental entre el daño y la función.

Por otra parte, es importante advertir sobre la aparición de un nuevo criterio de conexidad desarrollado recientemente por la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, SC13630-2015, 2015, p. 55) que consiste en aquellos daños causados por un dependiente prevalido del cargo o de su posición dentro de la organización. En la sentencia que desarrolló este nuevo criterio conexidad, se discutía la responsabilidad civil extracontractual de la Iglesia Católica por los actos sexuales abusivos de un clérigo sobre un menor de edad. En ella se decidió que los entes morales responden directamente por lo actos culposos y dolosos de sus agentes que causen daños resarcibles a terceros, en razón y con ocasión de sus funciones o prevalidos de la posición que ocupan en la organización.

Sintetizando, considero que la Corte Suprema de Justicia colombiana acoge un criterio amplio de conexidad entre el daño y la función, a efectos de comprobar cuándo una persona jurídica o natural debe responder por los daños causados por sus agentes o dependientes, según cada caso. Ahora bien, esa conexidad puede constatarse de múltiples maneras; como cuando el dependiente está bajo el cuidado del empresario; o bien, cuando el daño ha sido causado con ocasión del servicio, bastando con que se configure una ocasionalidad necesaria, y de acuerdo con el último criterio que se acaba de comentar en el párrafo anterior, cuando el agente actúa prevalido de su cargo o posición dentro de la organización.

IV. La responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

a) La responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica por el hecho de su contratista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La primera tesis adoptada por la jurisprudencia colombiana (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 90) acerca de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, sin importar que fueran públicas o privadas, consistía en una responsabilidad indirecta, o por el hecho de otro, tal como aparece en las sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) de la Corte Suprema de Justicia.

La tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, solo empezó a abrirse paso con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de agosto de 1939, Magistrado Ponente Hernán Salamanca. La mentada sentencia (Gaceta Judicial XLVIII, 1939, p. 663) trató un caso de responsabilidad contra el municipio de Bogotá por los daños causados en la construcción de una obra de alcantarillado, en la que se consideró que por tratarse de la responsabilidad civil extracontractual de una persona jurídica de derecho público, no resultaba aplicable la responsabilidad por el hecho de otro, que tratan los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil, ya que la responsabilidad tenía su fuente en el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos.

Durante los años subsiguientes, la jurisprudencia nacional (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 95) fue alternando entre las varias teorías de la responsabilidad de las personas jurídicas, y solo a partir de la sentencia hito del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., se acepta que la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes, es una responsabilidad directa, sin importar que se trate de una persona jurídica de derecho público o privado, así como tampoco importa, si el autor de daño se trata de un funcionario órgano o subalterno.

Recapitulando, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al analizar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus dependientes ha sido variable. En un primer momento, desde finales del siglo XIX, se acogió la tesis de la responsabilidad indirecta para personas jurídicas de derecho público y privado; en un segundo momento, durante la primera mitad del siglo XX, se dio una etapa de transición, representada por la teoría organicista, que consagraba la responsabilidad directa o indirecta de las persona jurídicas de derecho privado, dependiendo del lugar que el ocupaba el funcionario en la estructura interna de la organización; y al mismo tiempo, respecto de las personas jurídicas de derechos

público, se fue consolidando la teoría de falla en el servicio; en un tercer momento, a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., se consolidó la tesis de que la responsabilidad de las personas jurídicas, sean de derecho público o privado es siempre directa, indistintamente de que el daño sea causado por un funcionario órgano o subalterno de la persona jurídica, tesis que hasta hoy continúa vigente; un cuarto y hasta ahora último momento, estaría marcado por la tesis de la culpa organizacional de las personas jurídicas, inaugurada con la sentencia SC13925 del 30 de septiembre de 2016, tesis a la que dedicaremos el último título de este capítulo.

Con base en lo anterior, la responsabilidad indirecta por el hecho de un dependiente regulada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, quedó relegada, salvo algunas excepciones, solo para las personas naturales que tengan un dependiente bajo su cuidado.

Sin embargo, es importante aclarar en este punto, que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., no se trataba de un caso de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de su contratista, sino que se trataba de la responsabilidad de una persona jurídica de derecho público por el hecho de un dependiente interno de la entidad.

La responsabilidad de las personas jurídicas sigue siendo un tema en evolución permanente. A nivel doctrinario, conceptos como el llamado riesgo de empresa; tratado entre por Visintini (2015, p. 194) y Pizarro (2006, p. 78), entre otros; y a nivel jurisprudencial, la denominada culpa organizacional, dan cuenta de la mentada evolución. Al mismo tiempo, existen otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que luego de la sentencia del 30 de junio de 1962, han ido desarrollando los diferentes elementos y sub reglas de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un agente o dependiente.

Encontramos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante algunas sentencias (Gaceta Judicial CLI, 1975), (Gaceta Judicial CCXL, 1996), (Expediente No. 04733-01, 2006), (Referencia C-05001310300920020044501, 2011), (SC13630-2015, 2015), y (SC13925-2016, 2016), ha ido consolidando y desarrollando las sub reglas de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependientes. Es así como se ha elaborado el concepto de '*situación de autoridad adecuada*' para referirse al tipo de dependencia que debe existir entre el principal o comitente y el autor del daño. También se ha desarrollado el concepto de '*ocasionalidad necesaria*' para referirse al ligamento mínimo que debe existir entre el daño y la función. En reciente sentencia (SC13630-2015, 2015), se dio cabida a los daños causados por un agente prevalido del cargo o de su condición dentro de la organización. Todos estos avances, dan fe del

desarrollo que ha tenido la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas a través de los años.

A la par del desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual, hoy en día, y gracias a la descentralización productiva, fenómenos como la subcontratación, tienen mayor protagonismo en los mercados. En términos de Barcelo (1995, p. 238) existe un crecimiento acelerado de la subcontratación, lo cual implica una externalización de las actividades empresariales, fenómeno cada vez más presente en la economía mundial. Por lo anterior, existe un gran interés en determinar en qué casos y de qué forma, están llamadas a responder civilmente las personas jurídicas de derecho privado por aquellos daños causados por sus contratistas.

Sobre el tema de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratista, parte de la doctrina extranjera ha tomado partido por afirmar que efectivamente sí existe responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas, al respecto Pizarro & De la maza (2006) afirman que:

[...] Dicho de otra manera, cabe responder si en presencia de un contrato de empresa o un subcontrato, el principal puede esgrimir como causal de exoneración de responsabilidad dichos actos jurídicos. La respuesta debe ser negativa tanto en la hipótesis del contrato de empresa como del subcontrato. Cada vez más, en la esfera de la responsabilidad, la noción de empresa en el sentido técnico jurídico, ha sido reemplazada por la noción más amplia de “organización empresarial”. En conformidad a esa idea, si las labores del agente pertenecen al área propia de actividad del principal -como parece ser el caso-, entonces el contrato no es causa suficiente para exonerar de responsabilidad al principal. Existe aquí una verdadera relación de dependencia organizacional o empresarial que pone al principal en condiciones óptimas de prevenir el riesgo de ahí que el criterio sea económicamente correcto. En otros términos, un acto del contratista cae bajo la esfera empresarial del civilmente responsable -el principal-, quien, entonces, no puede exonerarse. Es obvio, además, que una solución contraria incentivaría a las empresas a difundir el riesgo mediante el contrato de empresa y no mediante el seguro, que es la solución más eficiente
[...] (p. 25)

Una vez que se acepta la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho privado sean responsables extracontractualmente por el hecho dañino de sus contratistas, es necesario resolver otros interrogantes, entre los que se encuentran los siguientes: ¿cómo deben responder civil y extracontractualmente las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas?, ¿cómo se interpreta la tesis de la responsabilidad

directa de las personas jurídicas, de la sentencia del 30 de junio de 1962, cuando se trata de un daño causado por un contratista de la persona jurídica?

En principio, se podría afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica en estos casos, al igual que sucede cuando el daño ha sido causado por un trabajador de la persona jurídica, es una responsabilidad directa, situación que conlleva a asimilar al contratista con un funcionario propio de la empresa. Sin duda alguna, la mencionada asimilación, quebranta la estructura organizacional de las personas jurídicas, debido a que el contratista no hace parte de la estructura interna de la persona jurídica.

El problema radica en que tal como se expuso al estudiar la figura del contratista, este se caracteriza precisamente por su carácter autónomo, al tiempo que asume las actividades por su propia cuenta y riesgo, mientras que los trabajadores de una empresa se encuentran en una continua subordinación respecto de su empleador y asumen la actividad por cuenta y riesgo del este. Por lo anterior, no resulta sencillo asimilar ambas figuras para efectos de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por los daños que en ejercicio o con ocasión de sus funciones causen los trabajadores o contratistas a terceros.

Por otro lado, sostener lo contrario, es decir, que las personas jurídicas responden extracontractualmente de forma indirecta cuando se trata de daños causados por sus contratistas, implica romper con el paradigma establecido por la renombrada sentencia del 30 de junio de 1962, consistente en que la responsabilidad de las personas jurídicas es siempre directa. Al mismo tiempo, tal postura podría significar un retroceso en el sistema jurídico colombiano, ya que tal como se expuso anteriormente, la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas se encuentra superada hace ya bastantes lustros.

Adicionalmente, la tesis de la responsabilidad indirecta resulta desventajosa para las víctimas, ya que en estos casos se tiene un término de prescripción de tres años frente al tercero civilmente responsable (artículo 2358 inciso 2° del Código Civil); además, porque la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro, descansa sobre una presunción desvirtuable, mientras que en la responsabilidad directa de las personas jurídicas, una vez demostrada la culpa del agente, la persona jurídica no podrá exonerarse de su responsabilidad ni siquiera alegando una causa extraña.

La imposibilidad de defensa de la persona jurídica cuando se ha demostrado la culpa de su agente, tiene sustento en el hecho de que sí la víctima logra demostrar que la culpa del agente fue la causa del daño, no le resulta posible al autor del daño, ni a la persona jurídica a la cual pertenece, alegar en su favor una causa extraña. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica, o el autor del daño, puedan alegar en su favor que

la víctima se expuso de forma imprudente al daño (Artículo 2357 del Código Civil). De encontrarse que la víctima se expuso de forma imprudente al daño, y a la par, que el agente de la persona jurídica incurrió en una culpa, la solución no es la exoneración de responsabilidad, sino la reducción de la indemnización. La jurisprudencia nacional (Gaceta Judicial CCLII, 1998, p. 340) ha comprobado que el fenómeno de la causa extraña es incompatible con la culpa del autor del daño.

En la misma línea, la doctrina nacional considera que: “[...] Lo correcto es afirmar que, probada la culpa del órgano en el ejercicio de sus funciones, nada, absolutamente nada, exonera de responsabilidad a la persona jurídica demandada” (Tamayo, 2007, p. 805).

Adicionalmente, la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro, está fundada en un sistema de doble culpa: la primera, que es la culpa inmediata y causante del daño en cabeza del dependiente; y la segunda, que es una culpa mediata y presunta, en cabeza del tercero civilmente responsable, a esta última culpa, se le ha llamado tradicionalmente culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Es importante aclarar, que a pesar de que la culpa del tercero civilmente responsable se trata de una culpa fundada en una presunción de hombre o *iuris tantum*, en teoría desvirtuable, debido al desarrollo de la jurisprudencia, resulta cada vez más difícil desvirtuar tal presunción.

En la práctica se constata, que para desvirtuar la presunción de culpa que pesa en cabeza del tercero civilmente responsable, más que demostrar que su conducta se ajustó a la conducta de un buen padre de familia en términos generales, se requiere que pruebe conductas positivas encaminadas a impedir el hecho ilícito. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, en donde se expuso que:

En el sistema del código civil, el último inciso del mencionado artículo 2347, no aplicable al caso presente según luego se explicará, establece que esa responsabilidad de, entre otros, los padres, cesa “si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, lo que equivale a indicar que el tema de la prueba en esta codificación, y referida a la responsabilidad civil por el hecho ajeno, se enfoca en la acreditación plena de la diligencia en la custodia y educación a cargo de los padres y naturalmente frente al preciso evento dañoso. Pero esa prueba de haber cumplido con la vigilancia y educación del menor no consiste, como el cargo parece insinuarlo, en presentar indicios contingentes o pruebas indirectas que den lugar a que se vislumbre la apariencia de que en efecto, en el pasado ha recibido el pupilo adecuada

vigilancia y educación. La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un "buen padre de familia", sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece. O en no haber podido cumplir, a pesar de la autoridad de que goza (Corte Suprema de Justicia, Expediente N° 6264, 2000, p. 10).

La anterior sentencia, a pesar de no tratarse de un caso de responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, si desarrolla y explica el alcance de inciso final del artículo 2347 del Código Civil, apartado de la norma que sí resulta aplicable a todas las hipótesis contempladas en el artículo 2347 *ibídem*, entre ellas, la que se refiere a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.

Según lo vimos, no se trata de demostrar una diligencia en términos generales. Para exonerar de responsabilidad a la persona a cuyo cuidado se encuentra el autor material y directo del daño, se requiere de aquella persona, haber cumplido con ese deber al momento del hecho dañoso, o no haberlo podido cumplir a pesar de la autoridad con que goza. En la práctica, esta prueba de diligencia calificada por parte del principal, exigiría acreditar una causa extraña, y por tal motivo, se asemeja bastante a lo que sucede frente al ejercicio de actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil.

En cuanto a la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas, la jurisprudencia nacional ha oscilado entre la tesis de la presunción de culpa no desvirtuable (SC002-2018, 2018), y la tesis de la presunción de responsabilidad (SC3862-2019, 2019). Discusión que ha girado en torno al fundamento de la responsabilidad, para la primera de las tesis, se trata de una culpa no desvirtuable, mientras que para la segunda, se trata del riesgo. A pesar de tal discusión, y según lo sostiene la misma Corte Suprema de Justicia (SC3862-2019, 2019), en ambas tesis, la única defensa válida consiste en probar una causa extraña, al respecto se afirma que: “[...] en todo caso, con independencia de la calificación que hayan dado a la presunción, únicamente han aceptado como factor para destruir el nexo causal en su sentido naturalísimo o jurídico, la comprobación de la causa extraña” (p. 21).

Sobre la posibilidad de exoneración de la persona a cuyo cuidado se encuentra el autor del daño, en Francia por ejemplo, y siguiendo a Josserrand (1999, p. 76) en la responsabilidad por el hecho de un dependiente, la presunción de culpa que pesa sobre el tercero civilmente responsable no es desvirtuable, y en estos casos solo se exonera demostrando una causa extraña.

Volviendo a la discusión sobre la forma en que las personas jurídicas están llamadas a responder extracontractualmente por el hecho de sus contratistas, también podría hacerse una diferenciación sobre el tipo de contratista de la persona jurídica, diferenciando los contratistas que cumplen funciones propias del objeto social de la persona jurídica, de aquellos que no, para así afirmar que solo a los primeros, las personas jurídicas responden de forma directa por los daños causados por un contratista que cumple funciones propias de la persona jurídica; en cambio, si se trata de contratistas que no cumplen funciones propias de la persona jurídica, la responsabilidad sería indirecta.

Sin embargo, la distinción que se acaba de realizar, es parecida a la clasificación que hace ya más de medio siglo hacía la teoría organicista respecto de los integrantes de una persona jurídica, al dividirlos en funcionarios órganos y subalternos. En este punto, la jurisprudencia nacional consideró que “la distinción del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil [...] Además, empleado u órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso” (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 97).

De acuerdo con lo anterior, es válido afirmar que no tiene ninguna utilidad para la responsabilidad civil distinguir entre los diferentes tipos de contratistas, teniendo en cuenta que, sin importar la función que estos realicen, todos los tipos de contratistas aportan al funcionamiento y realización de los fines de la persona jurídica.

Existe, por otra parte, una tendencia en la doctrina foránea a entender la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de los contratistas sobre el criterio del riesgo; dicha teoría ha sostenido, que el uso de dependientes es en sí mismo considerado como un riesgo. En consecuencia, el daño causado por un dependiente, daría lugar a imputar responsabilidad por riesgo. En esta línea Mosset (1998) afirma: “En efecto, constituye actividad riesgosa aquélla en que se recurre al servicio de dependientes para el logro de determinados objetivos” (p. 62).

En consonancia con la tendencia anterior, Zavala de González (1997) manifiesta que: “Toda expansión jurídica o económica de ese género, lleva aparejada un correlativo aumento de las posibilidades de daños, entre los cuales se comprende los que el dependiente puede causar a otros” (p. 133).

Según lo anterior, y siguiendo a Pizarro (2006, p. 123) se constata en la doctrina foránea una tendencia a que la responsabilidad de la persona jurídica tenga como sustento el riesgo. Bajo esta noción del riesgo, a la responsabilidad civil le interesan los daños causados en razón o con ocasión de la actividad empresarial, más que responder, si el

daño fue causado por un funcionario interno o externo de la persona jurídica; con esto bastaría para estructurar la responsabilidad civil de la persona jurídica; y por lo tanto, se trataría, ya no de una responsabilidad fundada en el deber de vigilancia y cuidado sobre el hecho de un dependiente, sino en la actividad empresarial y el riesgo creado.

Tratándose del caso colombiano, y teniendo como referencia la renombrada sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., según el cual, la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es siempre directa, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil. Pasaremos a analizar el alcance de la mentada sentencia respecto de lo que sucede específicamente con la figura del contratista de una persona jurídica.

En la sentencia del 30 de junio de 1962, la Corte Suprema de Justicia consideró lo siguiente:

De los vínculos entre la persona de derecho público o privada, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predicen dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la ‘dependencia’, ni tampoco al ‘cuidado’ de la entidad moral, como si se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumba probando no haber podido evitar el daño con la ‘autoridad y cuidado que su respectiva autoridad les confiere y prescribe’, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los “hechos ajenos” (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 96).

Según esta sentencia, la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus agentes, no se trata de una responsabilidad fundada en el deber de vigilancia, que según lo hemos visto, es la nota característica en la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente. En los términos utilizados en la sentencia del 30 de junio de 1962, existe una fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes, particularidad que justifica que la persona jurídica responda de forma directa o por el hecho propio

cuando se trata de daños causados por sus agentes. Por lo tanto, no podría hablarse de una presunción de culpa en cabeza de la persona jurídica por el hecho dañino de sus agentes.

Con base en lo anterior, se entiende que la persona jurídica actúa a través de todos sus agentes, sin hacer distinción de ningún tipo. Para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, todos los agentes de la persona jurídica son iguales, lo mismo da que el daño sea cometido por un representante legal que por el trabajador de menor rango de la persona jurídica. En este sentido, la sentencia que tomamos como referente continúa con lo siguiente:

La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios órganos y subalternos auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

Los primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar [sic] que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y variar en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones: todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 96).

Sintetizando, tenemos que a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, se tiene que la responsabilidad civil extracontractual de las persona jurídicas de derecho privado por el hecho de sus agentes es una responsabilidad directa o por el hecho propio, las actuaciones de sus agentes, sin importar la posición que ocupen dentro de la persona jurídica, son consideradas como las actuaciones propias de la persona jurídica, por tal motivo, el sistema de doble culpa, propio de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependiente no se aplica a la responsabilidad de las personas jurídicas.

Así mismo, se consagra una ficción jurídica, que consiste en la incorporación de la persona jurídica en la figura del agente, en este sentido la persona jurídica y el agente se fusionan; por lo tanto, en los casos de responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica por el hecho de sus agentes, no existe un deber de vigilancia, ni se presume una culpa por la mala vigilancia en cabeza de la persona jurídica, debido a que no existe una relación de dependencia entre la persona jurídica y su agente, en su lugar, lo que sí existe es una fusión entre la persona jurídica y su agente. En otras palabras, cuando el agente actúa en calidad de representante, trabajador, contratista, etc. de la

persona jurídica, nuestro sistema jurídico entiende que es la persona jurídica la que actúa directamente, y no un tercero.

Frente a la inexistencia del deber de vigilancia en cabeza de la persona jurídica, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 2015 M.P. Ariel Salazar Ramírez, de forma clara se refiere a la inutilidad de la relación de dependencia, y los deberes de vigilancia y cuidado que ella conlleva, cuando se trata de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de sus agentes, en este sentido dicha sentencia consideró lo siguiente:

La circunstancia de que las personas jurídicas incurran en responsabilidad civil directa favorece a las víctimas del perjuicio, puesto que no sólo se amplía el término de la prescripción de la acción (art. 2358) sino que se atenúa la carga probatoria con relación a los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, dado que –a diferencia de lo que acontece en esta última– al demandante no se le exige demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de éste frente a aquél.

En el mismo orden argumentativo, el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que en esta última «*la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima*» (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975) [sic]. (SC13630-2015, p. 37).

Ahora bien, respecto de la figura del contratista que venimos tratando, podría protestarse que cuando la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se refiere a los agentes de la persona jurídica no está incluyendo a los contratistas, sino solamente a las personas que tienen un vínculo laboral con la persona jurídica, sin embargo, tal postura resulta inapropiada por dos razones.

La primera, tiene que ver con que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la responsabilidad de la persona jurídica cuando el hecho dañino ha sido cometido por personas con las cuales la persona jurídica no tiene ningún vínculo laboral, así se constata en las sentencias SC13630-2015 del 7 de octubre de 2015 y SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. En la primera de ellas, se condenó a la persona jurídica – Diócesis

del Líbano-Honda (Tolima) – por el hecho de un párroco de la iglesia de San Antonio de Padua adscrita a dicha Diócesis; en la segunda, se condenó a la persona jurídica – EPS Sanitas S.A. – por los actos y omisiones médicas de los médicos de una IPS adscrita a dicha EPS. En ninguna de estas sentencias, el autor del daño tenía un vínculo laboral con las personas jurídicas condenadas.

La segunda razón, consiste en que admitir que la responsabilidad extracontractual de las persona jurídicas por el hecho de sus agentes solo comprende a las personas con quienes la persona jurídica tiene un vínculo laboral, significaría un retroceso en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que desde la sentencia del 15 de marzo de 1996, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, se acepta que la relación de dependencia de la responsabilidad por el hecho de un dependiente no se limita a los vínculos de naturaleza laboral, y ni siquiera civil.

Si bien es cierto, que a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes en ningún caso volvió a tratarse como una responsabilidad indirecta por el hecho de un dependiente, no habría razón para aceptar que la responsabilidad extracontractual de la persona natural por el hecho de sus dependientes no requiere de un vínculo de naturaleza laboral, y negar esa posibilidad, cuando estamos frente a la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus agentes. Con base en lo anterior, si la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acepta con tranquilidad que una persona natural puede comprometer su responsabilidad extracontractual por el hecho de personas con las cuales no tiene un vínculo laboral, siempre y cuando se constate una situación de autoridad o subordinación adecuada (Corte Suprema de Justicia, 1996, p. 443), no habría ninguna razón legítima para impedir que las persona jurídicas comprometan su responsabilidad extracontractual por el hecho de aquellos agentes con los cuales no tiene un vínculo laboral, pero sí de naturaleza civil o comercial, como sucede con los contratistas.

Conforme lo desarrollado hasta el momento, tenemos que la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas en materia extracontractual, incluye la responsabilidad por el hecho de contratistas. La Jurisprudencia nacional (SC9193-2017, 2017, p. 68) ha sido enfática en indicar que sin importar la posición del agente dentro de la organización, el tratamiento de la responsabilidad seguirá siendo el mismo, es decir, como una responsabilidad directa. Por lo anterior, es válido afirmar que el hecho de que un agente autor del daño revista las calidades de un contratista, no convierte la responsabilidad de las personas jurídicas en una responsabilidad indirecta.

Afirmar que la responsabilidad de las personas jurídicas es siempre una responsabilidad directa, o por el hecho propio, no conlleva automáticamente el abandono de todos los criterios y requisitos de la responsabilidad por el hecho de un

dependiente, que consagran los artículos 2347 inciso 5° y 2349 del Código civil. En este sentido una parte de la doctrina nacional afirma lo siguiente:

Ahora, el hecho de que a las personas jurídicas no se les aplique la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno de los artículos 2347 y siguientes del Código Civil colombiano, no significa que, en un todo, sean diferentes. En efecto, los conceptos de subordinación y dependencia, daño en ejercicio de las funciones, culpa del causante del daño, etc., son aplicables en ambos regímenes de responsabilidad. Lo que realmente marca la diferencia entre los dos sistemas es el hecho de que, en la responsabilidad por el hecho ajeno de las personas naturales, el civilmente responsable puede desvirtuar la presunción de culpa que pesa en su contra demostrando diligencia y cuidado, prueba que, según veremos, no es de recibo en la responsabilidad de las personas jurídicas (Tamayo, 2007, p. 790).

Lo anterior no parece estar en consonancia con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962, que tal como lo observamos anteriormente, sostiene la tesis de la fusión entre la persona jurídica y el agente. Por lo anterior, se hace necesario indagar sobre el papel que tienen los requisitos específicos de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente en la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes.

Tal como lo analizamos en el capítulo sobre los conceptos de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas, los requisitos específicos de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente consisten en: una relación de dependencia (situación de autoridad adecuada), la conexidad entre el daño y la función (ocasionalidad necesaria), y la culpa del autor del daño (culpa del dependiente).

Respecto del primer requisito, que consiste en una relación de dependencia, que la jurisprudencia ha acuñado con el título *situación de autoridad adecuada*, y que según vimos, basta para que se configure con que exista una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, teniendo como contrapartida, el deber de vigilancia que existe en cabeza de quien dirige y controla la conducta de otro. Se advierte que la renombrada sentencia del 30 de junio de 1962, que consagró la responsabilidad directa de las personas jurídicas, abolió, por decirlo de algún modo, el deber de vigilancia en cabeza de la persona jurídica como sustento de su responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas.

Tal como lo estudiamos en su momento, el deber de vigilancia es solo una cara de la moneda de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, la otra cara de la moneda es precisamente, la autoridad y control del principal sobre la conducta del dependiente. Sin la autoridad y control que existe en cabeza del empresario o principal sobre la conducta de otro, sería imposible saber por quienes se debe responder. En otras palabras, el empresario o principal está llamado a responder únicamente por el hecho dañino causados por aquellas personas sobre las cuales tiene autoridad y control. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial CCXL, 1996, p. 442) en la sentencia del 15 de marzo de 1996, afirma que la relación de dependencia por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro.

Ahora bien, la jurisprudencia que tomamos como directriz, sentencia del 30 de junio de 1962, hace alusión a los agentes de la persona jurídica, y no utiliza el termino dependiente, por lo cual, debe aclararse primero, si es válido asimilar ambos términos.

En este sentido, la Real Academia Española en su Diccionario del Español Jurídico (<http://www.rae.es>, 2019) define el termino '*agente*' como aquella persona encargada de promover o concluir actos y operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajeno. Por lo visto, esta definición se encuentra muy delimitada a la esfera comercial, de hecho, guarda gran similitud con la definición de la representación que consagra en el Código de Comercio colombiano en su artículo 832, el cual dispone que: "Habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos." (Diario oficial No. 33.339 de 16 de junio de 1971)

Con base en lo anterior, no es posible asimilar ambos términos, la figura del '*agente*' no concuerda con la figura del '*dependiente*', aquella es una figura más cercana al derecho comercial. Podría afirmarse de un modo general, que una '*agente*' es aquella persona que colabora con la actividad propia de la persona jurídica, y que basta con que exista una relación de coordinación entre la persona jurídica y su colaborador, para que esta persona pueda ser considerada como un '*agente*' de la persona jurídica.

En definitiva, la figura que interesa a la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica es la del '*agente*' y no la del '*dependiente*'. En los términos que utiliza la sentencia del 30 de junio de 1962, resulta inexacto hablar del dependiente de la persona jurídica, debido a que el término usado en la sentencia es el de agente de la persona jurídica.

Por lo anterior, en los casos de responsabilidad extracontractual de la persona jurídica por el hecho de sus agentes, la víctima no tiene que probar que existía una relación de dependencia entre la persona jurídica y su agente, tal idea es totalmente extraña a la Jurisprudencia vigente desde la sentencia del 30 de junio de 1962. Esto no implica que la víctima esté exonerada de probar que el autor del daño tiene la calidad de ‘*agente*’ de la persona jurídica, sino que, una vez quede probado que el autor material del daño tenía la calidad de agente de la persona jurídica, y que el daño fue causado en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, la víctima no está obligada a probar una relación de dependencia entre la persona jurídica y su agente.

En conclusión, el requisito de la relación de dependencia propio de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente no se requiere en la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes. Miremos ahora qué sucede con los demás requisitos especiales de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente.

Con relación al requisito de la conexión entre el daño y la función, también denominado como una ‘*ocasionalidad necesaria*’, considero que sí se trata de un requisito con plena vigencia en la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes, de hecho, la mentada sentencia del 30 de junio de 1962, cuando se apoya en la doctrina foránea, hace mención expresa a dicho requisito. Al respecto en la sentencia hito se consideró lo siguiente:

La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. “No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una -oposición de naturaleza: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueve”. (Planiol, Ripert y Savatier. “*Traité Pratique de Droit Civil Français*”, T. VI, N° 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que “la distinción del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleado u órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso” [...]. (Gaceta Judicial XCIX, 1962, p. 97)

La conexión entre el daño y la función, se trata sin dudas de un requisito necesario para que opere la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica por el hecho de sus agentes, entre otras cosas, porque sin este requisito sería imposible escindir la responsabilidad de la persona jurídica de la de sus agentes en su esfera privada, ya que sólo frente aquellos daños causados por los agentes en ejercicio o con ocasión de las funciones, se compromete la responsabilidad de la persona jurídica.

Parte de la doctrina nacional (Martínez & Martínez, 2003) señala que solo aquellos daños causados por un agente en cumplimiento o con ocasión de sus funciones compromete la responsabilidad de la persona jurídica, al respecto se afirma lo siguiente:

Por eso, en la actualidad, las personas jurídicas responden patrimonialmente de los daños o perjuicios que ocasionen todas las personas naturales que la componen o que se encuentren vinculadas a ellas, siempre y cuando ocurran en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de ellas (p. 78).

Respecto del último requisito de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, que según se indicó, consistente en la culpa en cabeza del autor del daño, y que para el caso concreto, equivale a una culpa en cabeza del agente de la persona jurídica, considero que también se trata de un requisito vigente para la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 2015, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, que se refiere precisamente a un caso de responsabilidad extracontractual de una persona jurídica, la Diócesis de Líbano-Honda (Tolima), por los abusos sexuales de un párroco sobre un menor de edad, se hace alusión expresamente al requisito de la culpa por parte del autor del daño, al considerar lo siguiente:

En ese orden, para endilgar responsabilidad civil a la persona jurídica el demandante debe probar la existencia del daño; que éste fue cometido por un agente de aquélla en razón o con ocasión de sus funciones, o prevalido de su condición dentro de la organización; y *la culpa o el dolo del infractor* [...] (SC13630-2015, p. 55).

Es importante anotar que en muchos de los casos en que la Corte discute la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus agentes, hay de por medio el ejercicio de una actividad peligrosa, casos en los cuales, resulta intrascendente probar una culpa en cabeza del agente de la persona jurídica.

De acuerdo con lo anterior, en la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes, la víctima debe probar algunos requisitos especiales, tales como la conexidad entre el daño y la función, y la culpa del agente. Adicionalmente, deberá probar el daño y el nexo causal, que siguiendo a Martínez & Martínez (2003, p. 27) son elementos básicos de toda responsabilidad civil.

A modo de conclusión, tenemos que sí es posible imputar responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por los daños causados por sus contratistas en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. Según la Jurisprudencia nacional, esta responsabilidad será siempre directa, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil, lo cual resulta ventajoso para las víctimas, quienes cuentan con un término de prescripción más amplio, y pueden perseguir la responsabilidad de la organización a la que se encontraba vinculado el autor del daño, siempre y cuando, se logre demostrar que dicho autor tenía la calidad de agente de la persona jurídica demandada.

b) La responsabilidad civil contractual del deudor - persona jurídica - por el hecho de su contratista en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, en comparación con la responsabilidad extracontractual por el hecho de un agente o dependiente, ha sido un tema mucho más pacífico en la jurisprudencia nacional. En parte, esto se debe a que existe una norma expresa, el artículo 1738 del Código Civil que consagra lo siguiente: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable.” (Dairio oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873)

La regla general es que la responsabilidad contractual, es siempre una responsabilidad directa, con indiferencia de la naturaleza jurídica de las partes contratantes; así como tampoco importa que el deudor utilice terceros que le ayuden a cumplir la obligación a su cargo, o que realice el cumplimiento de la obligación personalmente. Debido a la naturaleza de la responsabilidad contractual y al principio de la relatividad contractual, el incumplimiento siempre será imputable al deudor como un hecho propio.

Adicionalmente, es importante anotar que en la responsabilidad civil contractual por el hecho de un auxiliar, dicho auxiliar es considerado por la doctrina según Pizarro (2006, p. 44) como un agente de cumplimiento del deudor, frente al cual no es necesario constatar el requisito de la dependencia, requisito que sí es esencial en la responsabilidad civil extracontractual de las personas naturales por el hecho de otro, y por lo tanto, en la responsabilidad contractual por el hecho de un contratista, no le

corresponde al acreedor probar una relación de dependencia entre su deudor y el contratista que es utilizado como agente de cumplimiento.

A diferencia de lo que sucedía con la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes, en la responsabilidad contractual de las personas jurídicas por el hecho de un auxiliar, no se constata la evolución jurisprudencial que ha tenido aquel tipo de responsabilidad. De este modo, elementos tales como: la conexidad entre el daño y la función, acuñado por la jurisprudencia nacional como una 'ocasionalidad necesaria', y la figura del agente, han sido desarrollados por la Jurisprudencia nacional de cara a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, y no a la responsabilidad contractual de las personas jurídicas por el hecho de sus auxiliares.

Con relación a las personas jurídicas en particular, en ningún caso pueden estas alegar diligencia y cuidado con el fin de exonerarse de la responsabilidad surgida a raíz de los daños causados. Lo anterior, sin importar que se trate de un daño causado por sus agentes en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, o de un daño causado por sus auxiliares en el ámbito de la responsabilidad contractual. Sobre esta característica, la doctrina nacional menciona lo siguiente:

Es de anotar que en materia extracontractual, la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus órganos es similar, desde el punto de vista probatorio, a la responsabilidad contractual por el hecho ajeno (*infra*, T.I, 689 y ss.). Es decir, en el caso de las personas jurídicas, éstas no podrán exonerarse demostrando ausencia de culpa, poco importa que la responsabilidad sea contractual o extracontractual (Tamayo, 2007, p. 662).

Es importante reiterar que la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, no tiene un tratamiento distinto atendiendo a que el deudor se trate de una persona jurídica o de una persona natural. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de un dependiente, donde sí es posible constatar que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas ha tenido un desarrollo jurisprudencial vertiginoso y distinto al de la responsabilidad extracontractual de las personas naturales.

Una vez hecha la precisión anterior, se pasará a analizar la figura de la subcontratación en materia de responsabilidad contractual, debido a que nuestro objeto de estudio se circunscribe a la responsabilidad contractual de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas.

Tal como lo vimos en el título sobre la responsabilidad civil del deudor por el hecho de un auxiliar, el auxiliar o agente de cumplimiento, se trata de un tercero integrado por el deudor a la relación obligacional original para el cumplimiento de dicha obligación, tercero que puede ser a su vez un colaborador o sustituto, todo dependerá del grado de independencia o autonomía con que cuente dicho tercero. En el caso que nos ocupa, dejaremos por fuera a los colaboradores del deudor, para referirnos exclusivamente a la figura del subcontratista, quien tiene la calidad de sustituto del deudor debido al grado de autonomía e independencia con el que cuenta.

Lo primero, es precisar que en la responsabilidad contractual de un deudor por el hecho de su contratista, a este contratista se le da el nombre de subcontratista. Esta denominación se debe a que la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, tiene como presupuesto esencial la preexistencia de un contrato original entre el deudor y acreedor, relación contractual a la cual es integrado el subcontratista en calidad de agente de cumplimiento del deudor.

Siguiendo a Hinestrosa (2007, p. 536) la función de la subcontratación es satisfacer en todo o en parte las prestaciones de un contrato principal. Lo importante es no dejarse confundir, en tanto que todo subcontratista, es también un contratista, solo que se utiliza aquella denominación para denotar una realidad, y es que el contratista del deudor, está actuando para satisfacer las obligaciones de un contrato preexistente.

En el título sobre la figura de el subcontratista, vimos cómo esta noción es de gran alcance jurídico, ya que no se encuentra limitada a cierto tipo de contratos, sino que por el contrario, puede tener cabida respecto de cualquier clase de contrato, en el que no se haya prohibido expresamente, a excepción de aquellos contratos *intuitu personae*, en los que resulta imposible la subcontratación.

En este sentido, la doctrina foránea ha constatado la pertinencia de la figura del subcontrato con la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, al respecto se señala lo siguiente:

En cambio la noción de auxiliar de cumplimiento parece compatible con la figura del subcontrato. A diferencia de la cesión del contrato, en donde sólo hay un contrato en cuyo seno se produce la sustitución de las partes, con la posible liberación del deudor originario, en el subcontrato hay dos contratos, “apoyado el uno en el otro, ocupando un mismo sujeto posiciones de parte contrarias en cada uno de ellos, pero permaneciendo, en principio, sus respectivas contrapartes en el contrato y subcontrato, como sujetos extraños o terceros, no directamente vinculados entre sí. Y es precisamente este dato de la ajenidad

o tercería, el que permite hablar en el ámbito del subcontrato de auxiliares de cumplimiento” (Jordano, 1994, p. 55, 56).

Por lo anterior, es necesario la existencia de dos contratos, un contrato antecedente entre acreedor y deudor, deudor que en nuestro caso se trata de una persona jurídica, y un contrato adicional, entre dicho deudor – persona jurídica - y un tercero que denominamos subcontratista, toda vez que se trata de un auxiliar integrado mediante un subcontrato que tiene como objeto el cumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato inicial.

A voces del artículo 1499 del Código Civil que contiene: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”. Podría afirmarse que el subcontrato se trata de un contrato accesorio, sin embargo, según la literatura especializada (De la Garza, 2012, p. 25, como se cita en Cobo, 2017, p. 9) existe una forma de subcontratación empresarial que no requiere de la existencia de un contrato inicial, ya que es utilizada como una forma de tercerización laboral.

También es muy cuestionable considerar que el objeto del subcontrato sea asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ya que si bien es cierto, que el subcontrato apunta al cumplimiento total o parcial de una obligación contenida en un contrato inicial, esto no significa, necesariamente, que su función consista exactamente en asegurar dicho cumplimiento, por lo cual, en mi concepto no puede darse al subcontrato la calificación de contrato accesorio.

A pesar de lo anterior, no cabe duda que entre el contrato principal y el subcontrato se constata gran proximidad, debido a la similitud de objeto en ambos contratos, ya que el subcontrato tiene como objeto, la satisfacción total o parcial de la obligación del contrato inicial, y al mismo tiempo, existe una identidad parcial entre las partes, toda vez que el deudor en el contrato inicial, es al mismo tiempo, acreedor en el subcontrato. Por lo anterior, resulta de gran importancia, constatar si la subcontratación corresponde con el fenómeno que siguiendo a Mosset (1999, p. 9) se conoce como *‘contratos coligados o conexos’*.

Sobre esta relación entre contratos, nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de mayo de 1938, Magistrado ponente Juan Francisco Mújica, con un gran adelanto para su época, se refirió al fenómeno de conexidad de contratos de la siguiente manera:

Se reitera jurisprudencia, según la cual (con prescindencia de los contratos **sui géneris** o atípicos, esto es, aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no puedan asimilarse a ninguno de los contratos tipos), la combinación de diferentes tipos de contrato o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos, se presenta en estas formas: 1ª Uniones de contratos; 2ª Contratos mixtos y 3ª Contratos típicos con prestaciones de otra especie.

Las uniones de contratos se subdividen, a su turno, en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros. Por ejemplo, en una misma escritura pública concluyen las dos partes un contrato de compraventa de una cosa y de arrendamiento de otra. Esta unión no incide sobre la apreciación de las respectivas convenciones, cada una de las cuales sigue las pautas legales que le son propias. b) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Por ejemplo, vendes una maquinaria para beneficiar café y al mismo tiempo, mediante una suma, te obligas a su montaje. Salvo para los efectos de la validez y de la revocación, en los cuales la de uno implica también la del otro, se juzgan por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro contrato. Por ejemplo, compras un cafetal si para la cosecha que se beneficiará dentro de un mes el precio del grano se sostiene, y en caso contrario, lo tomas en arrendamiento por un año. En este supuesto, existe solamente aquel de los contratos que, desenvuelta la condición, las partes desearon y, por lo tanto, decide el derecho propio del contrato que ello determinó (Gaceta Judicial XLVI, 1938, p. 670).

Este fenómeno de la coligación de contratos tiene su razón de ser, al igual que el auge de la subcontratación, en la modernidad, y los adelantos técnicos y científicos que han permitido la aparición de formas cada vez más complejas de contratación. Al respecto, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de septiembre de 2007, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, se consideró lo siguiente:

Los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo de los mercados y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada ‘posmodernidad’, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, in toto, no se ajustan a las formas típicas que, ab antique, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de ‘conexidad contractual’, sin perjuicio del empleo de diversas denominaciones que expresan simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos; coligados; grupo de contratos; redes contractuales, lato sensu; etc.) [sic] (Corte Suprema de Justicia, 2007, pp. 10, 11).

En la misma línea, la doctrina foránea apunta lo siguiente:

El individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas proponen. [...]. Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. [...]. El acento aparece puesto en el ‘negocio’ y no en el ‘contrato’. [...]. Y de allí la conexidad, vinculación, relación o coligación. [...]. Con las mismas ‘partes’ o con ‘partes’ que sólo coinciden a medias (Mosset, 1999, p. 9).

Ahora bien, con el objeto de determinar cuándo estamos frente al fenómeno de la conexidad contractual, nuestra Jurisprudencia ha tomado partido por un criterio objetivo, que hace relación a la causa, y en razón del cual, es necesario identificar una causa en cada uno de los contratos tipos o atípicos que se consideran conexos, y al mismo tiempo, identificar una causa supra contractual en razón de la cual se unen los contratos conexos.

Por lo anterior, el fenómeno de la de la conexidad contractual se diferencia de otros tales como los contratos mixtos o indirectos, siendo siempre necesario la concurrencia de dos o mas contratos, sujetos a su regulación propia, pero que en razón del fenómeno

de la conexidad, pueden verse afectados jurídicamente por lo que suceda en cada uno de ellos. Lo anterior se sustenta en la sentencia del 25 de septiembre de 2007 que se trajo a colación anteriormente, en la cual se consideró lo siguiente:

De suyo pues, que sólo ante la presencia de dos o más contratos, que en sí mismos considerados tienen su propio autogobierno y autonomía, ello es medular, puede darse el referido fenómeno, lo que excluye todos aquellos casos en que existe un sólo o único contrato, ya se trate de uno complejo, mixto o atípico-entre otras tipologías-, bien porque toma elementos de diferentes tipos contractuales preestablecidos legalmente o porque no corresponde a una de las formas contractuales previstas en las normas positivas, pero que, en definitiva, comporta la existencia de un único negocio jurídico (*unicum negocial*).

En este orden de ideas, necesario es, por tanto, separar los supuestos de hecho en que el acuerdo de los interesados determina el surgimiento de un sólo negocio jurídico o de varios, conectados o articulados entre sí. Para el efecto, y sin desconocer que han sido diversas las tesis que apuntan a establecer cuál ha de ser el elemento que permita hacer tal diferenciación, es del caso coincidir con el criterio mayoritario, que señala que “La doctrina ha propuesto varias soluciones con razón agrupadas en tres categorías, según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, decidirse por la que recurre a la causa, mas bien que por la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas” (Corte Suprema de Justicia, 2007, pp. 16, 17)

La importancia jurídica del fenómeno de los contratos coligados o conexos, radica en las consecuencias que dicho fenómeno trae consigo, debido a que la conexidad de

contratos implica que la regulación, los efectos del incumplimiento y el tipo acciones puede variar en aquellos casos en los cuales se constata su existencia, por lo cual, la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente, SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo, al señalar esta importancia, considera que en los contratos coligados, además de las obligaciones propias de los contratos individuales que forman la cadena de contratos, existen otras obligaciones que se derivan de la integración misma de lo contratos. Adicionalmente, que el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones da cabida a una acción contractual. Al respecto de los efectos jurídicos del fenómeno de los contratos coligados o conexos, en la mentada sentencia se consideró lo siguiente:

Esa nueva forma de hacer los negocios, exige del derecho definir tanto el criterio para determinar los casos de coligamiento contractual, como los efectos jurídicos que de dicho instituto se desprenden, especialmente, en lo que tiene que ver con la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados ejerce o ejercen sobre el otro o los otros, fundamentalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse (Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 34).

Ahora bien, descendiendo a nuestro problema particular, sobre el interrogante de si en la responsabilidad del deudor – persona jurídica - por el hecho de su contratista se verifica la existencia de contratos conexos o coligados, es preciso anotar que ninguna de las sentencias que se trajeron a colación, y que han desarrollado el fenómeno conocido como conexidad contractual, se ocupan del caso particular de la subcontratación.

Considero que a pesar de la aparente conexidad en los casos de subcontratación, y a menos de que se trate de una subcontratación obligada o impuesta por el acreedor principal, en realidad, la subcontratación no envuelve una manifestación de conexidad contractual. A pesar de que se cumplen con algunos de los requisitos que establece la Jurisprudencia para que se de el mentado fenómeno, lo cierto, es que en la subcontratación no existe el elemento definitorio de la conexidad contractual, consistente en una causa supra-contractual, y que como su nombre lo indica, trascienda a cada uno de los contratos particulares, que en el caso de la subcontratación, corresponden con el contrato principal y el subcontrato.

No puede llegarse a la conclusión de que ante el ejercicio de una prerrogativa por parte del deudor, consistente en hacerse sustituir en la ejecución de la obligación por un contratista, entonces automáticamente se configura un fenómeno de conexidad contractual entre el contrato principal y el subcontrato. El fenómeno de la conexidad contractual bien entendido, debe responder al querer de ambas partes contratantes,

quienes con la finalidad de cumplir con una negociación, acuerdan la celebración y realización de diversos contratos, que se consideran necesarios para llegar a tal fin.

Lo que sucede con la subcontratación, es el ejercicio de una prerrogativa en cabeza del deudor, quien a menos que se encuentre expresamente prohibido, puede hacerse sustituir en la ejecución material del contrato. Tal situación no obedece al querer del acreedor principal, y mucho menos, a una finalidad supra-contractual, y por lo tanto, no puede afirmarse que en la subcontratación se de el fenómeno de la conexidad contractual.

No quiere decir lo anterior que en la subcontratación no se constate una cercanía entre el contrato principal y el subcontrato. Por el contrario, se trata de contratos muy cercanos debido a la identidad de objeto, situación que ha dado lugar a que en algunos casos de incumplimiento, se le impute una responsabilidad contractual al subcontratista frente al acreedor principal, a pesar de que se trata de sujetos que son terceros entre si, es decir, sin ningún vínculo contractual.

En este sentido una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez, acoge la postura de que debido a el fenómeno de la estipulación en favor de otro, en contratos en los que se verifica la identidad de objeto o prestación, es posible extender la responsabilidad contractual entre sujetos que no celebraron ningún contrato. En la mentada sentencia se consideró lo siguiente:

[...] Finalmente -dice-, “la doctrina y la jurisprudencia más reciente en el derecho comparado han concluido que el acreedor contractual tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor contractual inicial había contratado la ejecución del contrato. Se considera que como el objeto de la prestación en ambos contratos es exactamente el mismo, el acreedor inicial perfectamente puede demandar por vía contractual a cualquiera de los dos deudores” (JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, 2002, p. 2373).

En todo caso, es preciso reiterar que la subcontratación no altera en nada la responsabilidad del deudor principal – persona jurídica. Por lo tanto, para nuestro interés, el deudor - persona jurídica - responderá contractualmente por el hecho de su contratista de forma directa, como si se tratara de un hecho propio. Al respecto de la utilización de contratistas en la responsabilidad contractual por el hecho de auxiliares, la doctrina apunta que:

A los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad este se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no de dependencia), sino que aquél utilice a este para la ejecución de la relación obligatoria (Jordano, 1987, p. 564).

A modo de conclusión, encontramos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admite plenamente la responsabilidad contractual del deudor – persona jurídica – por el hecho de su contratista, en este sentido, la utilización de un contratista en calidad de agente de cumplimiento por parte de la persona jurídica, no hace variar en nada su responsabilidad frente el acreedor principal. En estos casos, el incumplimiento de la persona jurídica obedece al hecho de su contratista, sin que la persona jurídica pueda alegar que se trata de un hecho externo. Tal como se vio en el título sobre los requisitos de la responsabilidad contractual por el hecho de un auxiliar, el incumplimiento del auxiliar equivale al incumplimiento del deudor.

Por último, pasaremos al análisis de la culpa organizacional en la responsabilidad de las personas jurídicas. Las sentencias SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016 y SC9193-2017 del 28 de junio de 2017, con el mismo Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez, y con menos de un año de diferencia, ambas sobre casos de responsabilidad médica, sostienen que la responsabilidad de las personas jurídicas que conforman el sistema de seguridad social en salud puede fundamentarse en una *culpa organizacional*, concepto novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, que debido a sus implicaciones, amerita un título aparte, en el cual se analice en qué consiste dicha tesis, y algunos de sus efectos en el análisis de la responsabilidad de las personas jurídicas.

c) Culpa Organizacional.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas por el hecho de sus contratistas, bien sea en el ámbito contractual o extracontractual, requiere para su configuración de algunos elementos básicos, que según Martínez & Martínez (2003, p. 27) consisten en el hecho, la culpa, el nexo causal y el daño. Lo anterior, encuentra respaldo legal en los artículos 1613 y 2341 del Código Civil, que se refieren a la responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente.

Sin embargo, en la responsabilidad contractual, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad extracontractual, se requiere la existencia de un vínculo contractual válido y previo. A este respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC18476-

2017, del 15 de noviembre de 2017, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo, contiene lo siguiente:

Como es conocido, la responsabilidad civil contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado (Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 45).

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SC13925 del 30 de septiembre de 2016 y SC 9193-2017 del 28 de junio de 2017, que inauguran el concepto de culpa organizacional o culpa *in operando*, al estudiar los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, consagran un enfoque novedoso, al menos desde la denominación clásica de los elementos de la responsabilidad. En este sentido, la primera de las mentadas sentencias contiene textualmente lo siguiente:

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas) [sic] (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 22).

La diferencia con relación al enfoque clásico de la responsabilidad, consistiría en que según estas sentencias el nexo de causalidad entre la conducta y el daño, no tendría una connotación doble, esto es, material y normativa, sino solamente una connotación normativa, y en esa medida, cuando se trata de estudiar la atribución del daño a un agente, la sentencia hace una diferenciación entre las relaciones de causalidad y las explicaciones de razón, concluyendo que solo las segundas, es decir, la explicaciones de razón, logran explicar la atribución del daño al sujeto demandado. En este sentido, en la misma sentencia se considera lo siguiente:

Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se

demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 34).

Por otra parte, en lo que respecta propiamente a la responsabilidad de las personas jurídicas, la irrupción del concepto *culpa organizacional*, introducido por ambas sentencias, implica un giro en la forma que se había entendido la naturaleza jurídica de las personas jurídicas. Siguiendo a Betancur & Bustamante (2018, p. 68) la solución que en dichas sentencias se otorga al juicio de reproche culpabilístico en cabeza de las personas jurídicas no encuentra cabida en la teoría que concibe a las personas jurídicas como ficciones legales.

En este orden de ideas, en la sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016, se considera que la principal deficiencia de la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes, vigente a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), consiste en que no logra explicar la diferencia que existe entre la culpa de la persona jurídica y la atribución del hecho dañoso como suyo. En otras palabras, se afirma que si bien a partir de la sentencia de 1962 las personas jurídicas responden de forma directa por el hecho de sus agentes, subsiste la duda sobre si el hecho que originó el daño, es o no atribuible a una culpa propia de la persona jurídica.

Para dar una solución a la deficiencia anteriormente anotada, la sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016 considera que la voluntariedad como fundamento de la culpa en la responsabilidad civil es un rezago de la doctrina teológica del libre albedrío. Según dicha sentencia (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 46) la culpa en materia de responsabilidad civil no se explica en la idea de voluntariedad, aunque sí se requiere un mínimo de volición o capacidad a fin de evitar daños, para lo cual, se requiere una racionalidad que no es exclusiva de los seres humanos.

Según lo anterior, la racionalidad mínima que requiere la culpa en la responsabilidad civil es compartida por las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas organizativos y los seres humanos, sin que se aclare en la sentencia de que otros sujetos se predica este tipo de racionalidad. Tampoco se define en la sentencia, la noción de personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas organizativos, con lo cual queda la duda sobre si se trata de una racionalidad propia de cierto tipo de personas jurídicas, o de todos los tipos de personas jurídicas.

La sentencia que se viene comentado (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 47) concluye que las personas jurídicas son sistemas organizativos que se definen a partir de su

diferenciación con el entorno y con los elementos que lo conforman; siendo sus procesos, actuaciones, métodos, estructuras y fines diferentes a los de sus miembros.

Como corolario de lo anterior, para imputar responsabilidad a una persona jurídica, no es necesario que previamente se haya imputado el daño a un agente determinado, debido a que en la actualidad se constata la existencia de muchos daños que son imputables a culpas propias de la persona jurídica, sin que sea necesario hacer un reproche culpabilístico a un individuo en concreto. En este sentido, a la par de los daños causados por agentes determinados de la organización, se constatan otros daños que son causados directamente por la organización. Al respecto se menciona expresamente que:

En la actividad empresarial contemporánea, un daño a un bien jurídico ajeno no sólo puede originarse como resultado de la ejecución de las decisiones administrativas o del despliegue de conductas adoptadas por la cadena jerárquica, sino que puede deberse a falencias de planeación, de control, de organización, de coordinación, de disposición de recursos, de utilización de la tecnología, de flujos en la comunicación, de falta de políticas de prevención, entre otras variables que deben quedar plenamente identificadas para efectos de asignación de responsabilidad, pero que no siempre son atribuibles a uno o varios individuos determinados, por lo que el funcionamiento de la organización no se mide según las nociones tradicionales extraídas del paradigma de la conciencia y la voluntariedad moral del ser humano (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 48).

Conforme todo lo anterior, y con base en el concepto de culpa organizacional, sistémica o in operando, como también es conocida, tenemos que la responsabilidad de las personas jurídicas sería directa y regulada por el artículo 2341 del Código Civil, y no necesariamente por una culpa de uno de sus agentes, tal como se venía afirmando a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), sino con base en una culpa propia de la persona jurídica. Gracias al concepto de culpa organizacional se superaría la dificultad de hacer un juicio de reproche culpabilístico sobre la persona jurídica en sí misma.

Este cambio de paradigma en la forma de abordar la responsabilidad de las personas jurídicas trae consigo múltiples interrogantes, que resulta importante plantear, debido a las implicaciones que el concepto de culpa organizacional tiene para la responsabilidad civil de las personas jurídicas.

El primero de estos interrogantes, y en mi concepto más importante, tiene que ver con el siguiente: ¿El concepto de culpa organizacional deroga la tesis consolidada de la

responsabilidad directa de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes de la sentencia 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC)? o ¿se trata de un factor de imputación adicional al ya consolidado por la Corte Suprema de Justicia?

Es evidente que la responsabilidad de las personas jurídicas en ambos casos, bien sea por el hecho de sus agentes o con base en una culpa organizacional, continuará siendo directa con base en el artículo 2341 del Código Civil, con las implicaciones que ello tiene, especialmente en materia de prescripción de la acción de responsabilidad, y que a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC) se tiene como criterio consolidado que a las persona jurídicas no se les aplica el término corto de prescripción de tres años, establecido por el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil.

Sin embargo, no sucede lo mismo frente a las posibilidades de exoneración de responsabilidad, ya que a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC) se había entendido, siguiendo a Tamayo (2007, p. 805), que una vez probada la culpa del agente, ni siquiera una causa extraña podría desvirtuar la responsabilidad de las personas jurídicas. A diferencia de lo anterior, las sentencias que introducen el concepto de culpa organizacional, consideran que las personas jurídicas que incurren en dicha culpa, cuentan con los mismos medios exceptivos de responsabilidad con que cuentan las personas naturales. Al respecto, la sentencia del 30 de septiembre de 2016 contiene lo siguiente:

[...] Todos ellos, tanto el sistema en conjunto como cada uno de sus miembros, tienen las mismas posibilidades de exonerarse de responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 55).

También se cuestiona sobre la verdadera necesidad del concepto de culpa organizacional, debido a que el concepto de culpa organizacional tiene similitud con el concepto de culpa anónima, que según analizamos en el título de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de contratistas, tenía plena aplicación bajo la tesis de la responsabilidad directa de la sentencia del 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC). En defensa de la nueva tesis, la misma sentencia inaugural SC13925 del 30 de septiembre de 2016, advierte que no se trata del mismo concepto del de la culpa anónima, toda vez que la culpa organizacional se refiere a violaciones de los deberes de cuidado de la propia organización que son perfectamente identificables, constatables y reprochables, lo cual impediría tratarlos como culpas anónimas (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 48).

A pesar de lo anterior, no es del todo claro el argumento contenido en la sentencia con relación a la diferencia entre ambos tipos de culpa, debido a que lo anónimo de la culpa anónima, tiene que ver con la dificultad para identificar el autor del daño, y no a la dificultad para identificar la culpa en sí misma considerada, como al parecer lo confunde la sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016. En este aspecto, y siguiendo a Díez-Picazo (1999, pág. 162), siempre y cuando pueda realizarse un juicio de reproche sobre la actividad organizada, así no pueda identificarse el autor del hecho dañino, habrá lugar a la responsabilidad civil de la persona jurídica.

Los doctrinantes Martínez & Martínez (2003) han realizado algunas precisiones sobre la particularidad que tienen el hecho y la culpa, elementos básicos de la responsabilidad, cuando nos encontramos frente a la responsabilidad civil de la persona jurídica, precisiones que sin recurrir al concepto de culpa organizacional permitirían imputar responsabilidad a la persona jurídica cuando el hecho dañino ha sido causado por un agente indeterminado. En este sentido los doctrinantes consideran lo siguiente:

La modificación fáctica que hemos denominado hecho, puede tener características diferentes si se imputa a una persona natural o a una persona jurídica. En el caso de la persona natural el hecho puede darse por acción o por omisión. Igual en la persona jurídica por parte de cualquiera de sus componentes. En la persona natural ese hecho debe estar circunscrito en el tiempo y en el espacio para originar responsabilidad, mientras que para la persona jurídica no siempre es así. El hecho, como elemento integrante de la responsabilidad civil, cuando se imputa a una persona jurídica puede resultar de acciones, hechos u omisiones que se pueden dar en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, incluso ser ejecutados por personas naturales diferentes. Como la persona jurídica resulta comprometida con acciones o hechos de sus agentes, realizados en distintas circunstancias de tiempo, lugar y modo, no es necesario concretarlos en una persona natural específica por cuanto puede ser cometido en distintas épocas, por personas naturales diferentes y en lugares a veces distantes, pero siempre con un resultado único que es el daño patrimonial inferido a otra persona, ya sea natural o jurídica, y en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de ellas. (p. 79).

Otra crítica a la nueva tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas, consiste en que a pesar de que se diga que la responsabilidad de las personas jurídicas por una culpa organizacional se somete al artículo 2341 del Código Civil, en la práctica, el concepto de culpa organizacional podría implicar una inversión de la carga de la prueba en contra de la persona jurídica, debido que no existe claridad sobre el contenido de los deberes objetivos de cuidado propios de los sistemas organizativos a que se refiere la

sentencia, a lo que se suma la dificultad probatoria por parte de la víctima de una culpa que tiene su origen en los procesos y mecanismos organizacionales. Al respecto, en la mentada sentencia se afirma que:

Para efectos de atribuir responsabilidad patrimonial a una persona jurídica organizativa por los perjuicios causados a terceros en despliegue o con ocasión de su función, al derecho no le interesa si el agente dañador está sujeto a vigilancia, control y dirección; ni el grado de autoridad o cuidado al que está sometido; ni el eventual beneficio que el servicio del trabajador reporte al principal; o si el auxiliar acata las instrucciones de su superior o actúa en contravía de ellas; o si la empresa recibe un beneficio económico (o pérdidas) del trabajo de sus auxiliares.

Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible a una persona natural determinada, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir, que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores (Corte Suprema de Justicia, 2016, pp. 52, 53).

Sin duda alguna, la culpa organizacional se trata de un concepto novedoso en la forma de abordar el estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas, y que abre el espectro de las formas de imputar responsabilidad a las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, ya que se suma a la forma consolidada en que se venía tratando la responsabilidad a las personas jurídicas por el hecho de sus agentes a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente, José J. Gómez R.

Considero que a pesar de la denominación del concepto como una '*culpa organizacional*' y de que en la sentencia inaugural SC13925 del 30 de septiembre de 2016, se afirma que se trata de daños causados por el despliegue de los procesos empresariales que sean jurídicamente reprochables por infringir deberes objetivos de cuidado, lo cual da a entender que se trata de una típica responsabilidad subjetiva, falta por verse aún los efectos reales del mentado concepto en la jurisprudencia subsiguiente de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales y jueces del País.

V. Conclusiones

A modo de conclusiones, y siendo consciente de que todo esfuerzo de síntesis deja por fuera importantes consideraciones, a continuación se exponen los resultados más relevantes del presente trabajo sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de sus contratistas:

- i. Las personas jurídicas de derecho privado en Colombia desarrollan su objeto social con la participación de otras personas, principalmente a través de sus propios trabajadores, adicionalmente, con personas externas mediante procesos de tercerización laboral. También existen otro tipo de contratos de empresa que le permiten a las personas jurídicas privadas expandir su capacidad de venta de bienes y servicios, tales como, los contratos de agencias comercial, concesión y franquicia. Todas estas formas de colaboración empresarial han generado cada vez más, que la actuación ilícita de terceros, y especialmente de los contratistas, bajo ciertos parámetros, pueda comprometer la responsabilidad contractual o extracontractual de las personas jurídicas a quienes prestan sus servicios.
- ii. En el caso colombiano la responsabilidad contractual y extracontractual tienen diferencias fundamentales, que no permiten abordar el análisis de la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas de forma unificada. La responsabilidad contractual requiere de un contrato o convención previo como presupuesto básico, circunstancia que no se presenta en la responsabilidad extracontractual, también se encuentra que el tercero que compromete la responsabilidad de la persona jurídica corresponde a figuras distintas en ambos regímenes, mientras que en la responsabilidad contractual se habla del auxiliar, en la responsabilidad extracontractual dicha figura corresponde con la del agente.
- iii. La figura del subcontratista, para el caso colombiano, presenta dos usos distintos: por una parte, el subcontratista es aquella persona natural o jurídica introducida por el deudor principal a la relación obligatoria en calidad de agente de cumplimiento, mientras que por otra parte, la subcontratación como herramienta de la gestión empresarial es usada por las empresas como forma de tercerización y externalización de los procesos de la empresa, y por lo tanto son dos fenómenos distintos.

Ambas definiciones de la subcontratación son válidas, sin embargo, esta ambigüedad puede generar confusión debido a que no siempre es claro determinar a cuál definición se refiere la doctrina o la jurisprudencia. La definición de subcontratación como aquella forma de ejecutar las obligaciones contractuales a través de un contratista que actúa en calidad de agente de cumplimiento, tiene plena vigencia en la responsabilidad contractual de las personas jurídicas de derecho privado por el hecho de sus contratistas; mientras que, la definición de la subcontratación como herramienta de la gestión empresarial tiene interés para la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica de derecho privado por el hecho de sus contratistas, debido a que los daños causados dentro del marco de este tipo de subcontratación puede comprometer la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica.

- iv. En aquellos casos que el acreedor ha sufrido un perjuicio debido al incumplimiento de un tercero no auxiliar del deudor, siempre y cuando estemos frente a relaciones de consumo, tal responsabilidad será tratada a la luz de la regulación especial en la materia, que para el caso colombiano corresponde con el estatuto del consumidor, ley 1480 de 2011. Siguiendo a Larroumet (2006, p. 11) en estos casos la clasificación de la responsabilidad en contractual o extracontractual no tiene mayor importancia, debido a que se trata de cuerpos normativos que regulan indistintamente la responsabilidad.
- v. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, ha ido desarrollando las subreglas de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, entre las cuales se cuenta el desarrollo de la subregla de relación de dependencia y la subregla de la conexidad entre el daño y la función.

En algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial CCXL, 1996) y (Referencia C-05001310300920020044501, 2011) la relación de dependencia que exige en la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente ha sido acuñada con la expresión de '*situación de autoridad o subordinación adecuada*', para la cual solo se requiere que exista una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, en este caso, entre el principal y su dependiente.

Con relación a la subregla de la conexidad entre el daño y la función, la Corte Suprema de Justicia colombiana acoge un criterio amplio de conexidad entre el daño y la función, a efectos de comprobar cuándo una persona, sea natural o jurídica, debe responder por los daños causados por sus agentes o dependientes. Esta regla ha sido acuñada por la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia

del 6 de junio de 2006, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete (Expediente No. 04733-01, 2006) con la expresión de '*ocasionalidad necesaria*', basta para su configuración con que el agente o dependiente cause el daño en ejercicio o con ocasión a la función, o también, cuando actúa prevalido del cargo o posición dentro de la organización.

- vi. A partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente José J. Gómez R., reiterada recientemente por la sentencia SC 9193-2017 del 28 de junio de 2017 Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, la Jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en indicar que sin importar la posición del agente dentro de la organización, la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es siempre directa, y con base en el artículo 2341 del Código Civil. Esta tesis, conocida como la de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, dejó relegada la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, regulada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, para las personas naturales, y para algunos tipos de personas jurídicas, tales como las instituciones educativas.

Es importante aclarar que a pesar de que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es una responsabilidad directa, tal situación no conlleva el abandono automático de todos los requisitos especiales de la responsabilidad extracontractual por el hecho de un dependiente, razón por la cual, la víctima deberá probar los requisitos especiales de la conexidad y la culpa del agente. Adicionalmente, deberá probar el daño y el nexo causal, que siguiendo a Martínez & Martínez (2003, p. 27) son elementos básicos de todo tipo de responsabilidad civil.

- vii. Con fundamento en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es válido afirmar que las personas jurídicas de derecho privado en Colombia responden extracontractualmente por los daños causados por sus contratistas en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. Esta responsabilidad será siempre directa, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil, lo cual resulta ventajoso para las víctimas, quienes cuentan con término de prescripción más amplio, y pueden perseguir la responsabilidad de la organización a la que se encuentra vinculado el autor del daño, siempre y cuando, logren demostrar que dicho autor tiene la calidad de agente de la persona jurídica demandada.
- viii. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no niega la responsabilidad contractual del deudor – persona jurídica – por el hecho de su contratista, la utilización de un contratista en calidad de agente de cumplimiento por parte de la persona jurídica, no hace variar en nada su responsabilidad frente el acreedor

principal. En este sentido, la responsabilidad de la persona jurídica en materia contractual, tiene gran similitud con su responsabilidad en materia extracontractual.

Nótese cómo, a excepción de la culpa organizacional, una vez que se encuentre probado el hecho ilícito del auxiliar o del agente, en ninguno de los citados regímenes (contractual y extracontractual) se le permite a la persona jurídica exonerarse de responsabilidad alegando ausencia de culpa de su parte. Lo anterior, debido a que la culpa que interesa para imputar responsabilidad civil a la persona jurídica, es la culpa de su auxiliar en el ámbito contractual, y la culpa de su agente en el ámbito extracontractual. En ambos regímenes, la culpa de los terceros por quienes la persona jurídica está llamada a responder equivalen a la culpa propia de la persona jurídica. Por tal motivo, resulta innegable que en la mayoría de los casos, la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia se acerca mucho a un régimen objetivo de responsabilidad basado en el riesgo.

- ix. El concepto de culpa organizacional inaugurado con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SC13925 del 30 de septiembre de 2016 y SC 9193-2017 del 28 de junio de 2017, se trata de un concepto novedoso en la forma de abordar el estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas, y que abre el espectro de las formas de imputar responsabilidad a las personas jurídicas de derecho privado en Colombia, ya que se suma a la forma consolidada en que se venía tratando la responsabilidad a las personas jurídicas por el hecho de sus agentes a partir de la sentencia del 30 de junio de 1962, Magistrado Ponente, José J. Gómez R.

Según las sentencias que introducen el concepto de culpa organizacional, se logra superar una falencia que existía desde la sentencia del 30 de junio de 1962, que estableció la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, debido a que a pesar de que se afirma que las personas jurídicas responden de forma directa por el hecho de sus agentes, subsiste la duda sobre si el hecho que originó el daño es o no atribuible a una culpa propia de la persona jurídica. Según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC13925 del 30 de septiembre de 2016, con el concepto de culpa organizacional, se abre paso a la posibilidad que las personas jurídicas puedan responder con base en su propia culpa, y no la de sus agentes, con lo cual no queda duda sobre la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

La culpa organizacional tiene su origen en el despliegue de los procesos empresariales que sean jurídicamente reprochables por infringir deberes objetivos de cuidado, lo cual da a entender que se trata de una típica responsabilidad subjetiva. Sin embargo, las sentencias que introducen el concepto de culpa organizacional no explican en que consisten los estándares objetivos de cuidado

que deben cumplir las organizaciones, y por lo tanto, se trata de un concepto que requiere de mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que ayude a despejar las dudas que en materia probatoria trae consigo la implementación de la culpa organizacional como fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia.

Bibliografía

- Aramburo Calle, M. A. (2008). Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: Apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 38(108), 15-51.
- Asúnsolo-Morales, C. R. (2015). Derechos humanos, poder económico y empresas multinacionales. *Criterio jurídico*, 15(1), 49-78.
- Atehortúa Ochoa, J. (2005). Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano: La sociedad y la empresa como institución. *Revista de derecho privado*, 0(8), 47-91.
- Barcelo Domenech, J. (1995). Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Bedoya-Gómez, C. D. (2018). Outsourcing: beneficios vs. riesgos. Outsourcing: Benefits vs. Risks. *RPE: Revista Perspectiva Empresarial*, 5(2), 101. Recuperado de
- Bedoya Gil, V. & Saldarriaga Vanegas, C. (2006). La problemática de la presunción del artículo 2356 del código civil colombiano en el ejercicio de actividades peligrosas. (Monografía presentar para optar al título de abogada). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Betancur Gómez, M. C. & Bustamante Blanco, S. (2018). La culpa Organizacional como factor de atribución de Responsabilidad civil extracontractual a las personas jurídicas de derecho privado en Colombia. (Monografía presentar para optar al título de abogada). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Ceballos, A. (1997). Sociedades matrices y subordinadas en la ley 222 de 1995. *Revista de derecho privado*, 0(2), 105-111.
- Cely, A. (2005). La responsabilidad del dirigente de la persona jurídica en el derecho francés: La noción de falta separable y la responsabilidad frente a terceros. *Revista de derecho privado*, 0(9), 115-126.
- Céspedes Báez, L. M. & Gutiérrez, A. M. (2012). La responsabilidad civil por actividades peligrosas: una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas

privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia. VNIVERSITAS, 0(125), 149-186.

- Cobo, J. (2017). *La tercerización como herramienta de gestión empresarial* (Tesis de Maestría). Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.
- Compagnucci de caso, R. H. & Zannoni, E. A. (1984). Seguros y responsabilidad civil: Responsabilidad civil y relación de causalidad, Responsabilidad por productos elaborados. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Córdoba Acosta, P. A. (2006). Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding: Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. Revista de derecho privado, 0(10), 51-101.
- Cuello Calón, E. (1974), Derecho penal: parte general. Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial.
- Díez-Picazo, L. (1999), Derecho de daños. Madrid, España: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2011), Fundamentos del derecho civil patrimonial. Pamplona, España: Civitas.
- Dinero. (2019). ¿Qué va hacer Carrasquilla después de la regla fiscal? Recuperado de <https://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/como-va-la-economia-colombiana-en-2019-con-carrasquilla/269205>
- EL TIMEPO. (2018). 7 de cada 10 negocios vivos son de personas naturales. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/mayoria-de-negocios-activos-son-de-personas-naturales-218328>
- Estrada Álvarez, J. (2010). Los tratados de libre comercio y la inversión extranjera: Notas acerca del marco jurídico institucional. Revista pensamiento jurídico, 0(27), 137-156.
- Fernández Gonsalvez, S. (2014). La responsabilidad extracontractual por los daños causados por un contratista independiente. RJUAM, N° 30, 2014-II, pp. 51-78
- Fernández Muñoz, M. L. (2003). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. Revista estudios socio-jurídicos, 5(1), 230-249.
- Garrido Cordobera, L. M. (2009). La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: De las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. VNIVERSITAS, 0(118), 61-80.

- Gómez Gaviria, J. C. (2014). En contra de la extensión de la responsabilidad contractual. *Revista Responsabilidad civil y del estado*. 34, 31-59.
- Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá, Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Gómez Roldán, A. (2011). Dimensión de la empresa: Una prospectiva de la empresa en la constitución y su impacto social desde la delegación. *VNIVERSITAS*, 0(123), 315-346.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jordano Fraga, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid, España: Civitas.
- Jordano Fraga, F. (1994). *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Madrid, España: Civitas.
- Josseland, L. (1993). *Derecho Civil*. Madrid, España: Ediciones jurídicas.
- Josseland, L. (1999). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Kemelmajer de Carlucci, A. & Parellada, C. A. (2000). *Derecho de daños: Segunda parte*. Buenos Aires, Argentina: EDICIONES ROCA
- LA REPUBLICA. (2018). Las personas jurídicas son las que soportan la mayor carga de impuestos en el país. Recuperado de <https://www.larepublica.co/especiales/las-empresas-mas-grandes-de-2017/las-personas-juridicas-son-las-que-soportan-la-mayor-carga-de-impuestos-en-el-pais-2725170>.
- Larroucau Torres, J. A. (2007). *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual análisis jurisprudencial*. Santiago de Chile, Chile: LexisNexis.
- Larroumet, C. (2006). *Responsabilidad Civil Contractual, Algunos temas modernos*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Londoño Arango, A. & Velásquez Hoyos, S. (2006). *Efectos de la sentencia penal absolutoria en un proceso de responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas*. (Trabajo de grado para optar al título de abogado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

- Mantilla Espinosa, F. & Perdomo Parada, H. (2002). Sobre la imputabilidad del daño en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas. *Revista estudios socio-jurídicos*, 4(1), 116-129.
- Martínez Rave, G. & Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Mosquera Muñoz, F. (2010). La franquicia: una estrategia de crecimiento empresarial. *Revista MBA EAFIT*, pp. 70-85
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Ossa Gómez, D. (2013). La responsabilidad civil en el estatuto del consumidor: Las garantías de calidad, idoneidad, y seguridad de los productos. *Estudios de derecho*, 70(156), 238-263.
- Pabón Mantilla, A. P., Aguirre Román, J. O. & Puentes Celis, M. C. (2009), *Responsabilidad social empresarial: la perspectiva de la jurisprudencia constitucional*. *Criterio jurídico*, 9(2), 153-173.
- Papayannis, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid, España: MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
- Parellada, C. A. & Kemelmajer de Carlucci, A. (2000). *Derecho de daños: Segunda parte*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Roca.
- Patiño, A. B. (2011). El outsourcing: un verdadero contrato empresarial de corte estratégico. *Revista Investigium IRE Ciencias Sociales y Humanas*, 2(2), 146–159
- Pizarro Wilson, C. & De la Maza Gazmuri, I. (2006). *Responsabilidad civil: Casos prácticos*. Santiago de Chile, Chile: LEXISNEXIS.
- Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa contractual y extracontractual*. Buenos Aires, Argentina: LA LEY.
- Posada Tamayo, J. A. (2008). Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho de la estructura societaria en Latinoamérica. *Estudios de derecho*, 65(146), 112-145.

- Pizarro, R. D. (2006). Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual, parte especial, Tomo III. Buenos Aires, Argentina: LA LEY.
- Reglero Campos, L. F. (2008). Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte general. Navarra, España: Aranzadi S.A.
- Restrepo Ruiz, M. (2006). Sobre el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, una mirada a partir de la teoría del riesgo. (Monografía presentada para optar al título de abogada). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Rodríguez Zárate, A. (2014). Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: El riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. VNIVERSITAS, 0(128), 285-314.
- Rojas Chávez, A. M. (2004). La intermediación laboral. Revista de derecho, 0(22), 187-2010.
- Sessarego, C. F. (1997). Visión tridimensional de la persona jurídica. Revista de derecho privado, 000(1), 17-22.
- Tamayo Jaramillo, J. (1981). Responsabilidad Civil por el hecho ajeno. Revista facultad de derecho y ciencias políticas, 0(53), 122-149.
- Tamayo Jaramillo, J. (1997). La responsabilidad del estado: El daño antijurídico (const.pol., art.90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Santa Fe de Bogotá, Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (1999). De la responsabilidad civil. Santa fe de Bogotá, Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil, Tomo I. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Uribe García, S. (2017). El riesgo y su incidencia en la Responsabilidad civil y del estado. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.
- Viney, G. (2007). Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad. Bogotá, Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

- Visintini, G. (2015). ¿Qué es la responsabilidad civil?, Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zavala de González, M. (1997). Responsabilidad por riesgo. Buenos Aires, Argentina: EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.

Referencia de sentencias

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Juan Francisco Mújica: mayo 31 de 1938] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XLVI, Numero 1936.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Arturo Tapias Pilonieta: mayo 12 de 1939] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XLVIII, Numero 1947.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Hernán Salamancas: agosto 21 de 1939] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XLVIII, Numero 1950.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Aníbal Cardoso Gaitán: mayo 15 de 1944] aparece en la Gaceta Judicial Tomo LVII, Números 2006 a 2009).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Alfredo Cock Arango: septiembre 19 de 1958] aparece en la Gaceta Judicial Tomo LXXXIX.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Hernando Morales M: febrero 2 de 1959] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XC, Números 2207-2208-2209.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. José J. Gómez R.: junio 30 de 1962] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XCIX.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Ernesto Gamboa Álvarez: mayo 18 de 1972] aparece en la Gaceta Judicial Tomo CXLII, Números 2352 a 2357).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Humberto Murcia Ballén: octubre 28 de 1975] aparece en la Gaceta Judicial Tomo CLI, Numero 2392.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 3656. Sentencia No. 88. [M.P. Pedro Lafont Pianetta: julio 12 de 1994] aparece en la Gaceta Judicial Tomo XLVIII, Numero 1950.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 4637. [M.P. Ariel Carlos Esteban Jaramillo Schloss: marzo 15 de 1996] aparece en la Gaceta Judicial Tomo CCXL, Numero 2479.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 4901. Sentencia No. 009 [M.P. Rafael Romero Sierra: febrero 27 de 1998] aparece en la Gaceta Judicial Tomo CCLII, Numero 2491.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 5224. Sentencia No. 068 [M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno: octubre 6 de 1999] aparece en la Gaceta Judicial Tomo CCLXI, Numero 2500.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S-059-2000 [M.P. Jorge Santos Ballesteros]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 6762 [M.P. Jorge Santos Ballesteros: febrero 12 de 2002]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 6430 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez: septiembre 11 de 2002]
- Corte Constitucional, Expediente D-6044 [M.P. Jaime Araujo Rentería: mayo 24 de 2006]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 04733-01 [M.P. César Julio Valencia Copete: julio 6 de 2006]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: septiembre 25 de 2007]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01 [M.P. William Namén Vargas: agosto 24 de 2009]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. [M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar: septiembre 6 de 2011]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13630-2015 [M.P. Ariel Salazar Ramírez: octubre 7 de 2015]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP7462-2016 [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero: junio 8 de 2016]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925-2016 [M.P. Ariel Salazar Ramírez: septiembre 30 de 2016]

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC9193-2017 [M.P. Ariel Salazar Ramírez: junio 28 de 2017]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC18476-2017 [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo: noviembre 15 de 2017]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC002-2018 [M.P. Ariel Salazar Ramírez: enero 12 de 2018]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3862-2019 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona: septiembre 20 de 2019]