

LA INMUNIDAD RELATIVA DEL EMPLEADO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: PROPUESTA PARA LA ASUNCIÓN DEL “RIESGO NORMAL DE EMPRESA” POR EL EMPLEADOR

Alejandro Velásquez Cadavid¹ – Junio 5 de 2025

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	2
I. Un régimen clásico de responsabilidad civil severo e injustificado	3
A. Unas consecuencias severas para el empleado	3
B. Unas consecuencias injustificadas para el empleado	5
II. Un régimen nuevo de inmunidad relativa	9
A. Una inmunidad nueva para el empleado	9
B. Una inmunidad relativa para el empleado	12

Resumen. El régimen de responsabilidad civil extracontractual que aplica a los empleados que en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas causan un perjuicio a un tercero es severo e injustificado. En este artículo se plantea una reflexión sobre las condiciones, la justificación y los alcances de ese régimen de responsabilidad extracontractual, con la finalidad de que en el ordenamiento jurídico colombiano se les reconozca una inmunidad relativa: que sean los empleadores –y las aseguradoras de estos, si las hay– quienes respondan en forma principal por esa indemnización, y que el empleado únicamente responda en forma subsidiaria.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual, empleado, inmunidad relativa

¹ Abogado de U.P.B. litigante y asesor en Derecho privado (especialmente, en asuntos contractuales, responsabilidad civil y seguros), con 17 años de experiencia. Socio fundador de *Velásquez Cadavid – Litigios & Arbitraje*. Especialista de U.P.B. en Responsabilidad civil y Seguros. Titular de un *Diplôme Supérieur d’Université* (posgrado) en Derecho Civil de la Université Panthéon-Assas (Paris 2). Profesor de Responsabilidad civil y Obligaciones en el pregrado en EAFIT, profesor de la especialización y de la maestría en Responsabilidad civil en EAFIT, profesor de la especialización en Responsabilidad civil en U.P.B. y profesor de Arbitraje Nacional en posgrado en EAFIT. Apoderado de parte en procesos arbitrales ante las Cámaras de Comercio de Medellín y Bogotá. Árbitro en Derecho comercial y Seguros y reaseguros de la Cámara de Comercio de Medellín. Secretario de la Cámara de Comercio de Medellín en Arbitraje Nacional. Miembro de la Asociación Henri Capitant (Francia), miembro del Comité Colombiano de Arbitraje (CCA) y representante de la sección de Medellín en el Grupo de jóvenes de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (CIAC).

Introducción

1. La regla es bien conocida en el sistema colombiano de responsabilidad civil: el empleado de una persona natural o jurídica que en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas comete una culpa (viola el estándar de la “persona razonable”) que causa un perjuicio a un tercero, no solo compromete la responsabilidad civil de su empleador, sino que compromete su propia responsabilidad: será también deudor de la indemnización a la víctima.

2. ¿Pero se trata realmente de una regla de derecho justificada? Esto es: ¿debería en todos los casos responder con su propio patrimonio ese empleado, al haber cometido una culpa mientras desarrollaba una actividad para su empleador?

Hasta ahora, en Colombia la respuesta ha parecido obvia: ese empleado se considera también causante de ese perjuicio (de hecho, es el causante directo del mismo), por lo que debe ser obligado también a pagar la indemnización (en una aplicación estricta del Art. 2341 del Código Civil). No obstante, si se analiza mejor esos casos de los empleados, la justificación de la regla realmente no es tan obvia, ni parece justa.

3. Este artículo busca promover una reflexión sobre la situación jurídica de los empleados, en cuanto a su régimen de responsabilidad civil, con la finalidad de que en el ordenamiento jurídico colombiano se les reconozca una inmunidad (relativa) por los perjuicios que estos, en ejercicio de las funciones que sus empleadores les han asignado o con ocasión de ellas, hayan causado con culpa a terceros. Así, deberían ser entonces los empleadores –y las aseguradoras de estos, si las hay– quienes respondan en forma principal por esa indemnización, y que el empleado únicamente responda en forma subsidiaria.

Plan. En primer lugar, estudiaremos el régimen clásico de responsabilidad civil extracontractual de los empleados que, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, causan un perjuicio a un tercero. En segundo lugar, estudiaremos cuál sería esa inmunidad que se les podría reconocer y las condiciones en que aplicaría (su relatividad).

I. Un régimen clásico de responsabilidad civil severo e injustificado

A. Unas consecuencias severas para el empleado

4. En Colombia, el régimen de responsabilidad civil de los empleados que, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, causan por dolo o culpa un perjuicio a un tercero, es severo (o implacable). Veamos:

En primer lugar, el empleado será personalmente responsable: será deudor de la obligación indemnizatoria (cuyo acreedor es la víctima), para cuyo cumplimiento puede ser perseguido tanto en sus activos presentes como futuros (y la deuda se transmitirá también a sus herederos).

En segundo lugar, el empleado será solidariamente responsable: en aplicación de lo dispuesto en el Art. 2344 del Código Civil, el empleado será deudor –junto con su empleador– de la totalidad de la indemnización, esto es, no puede oponer a la víctima una defensa de división de la deuda, para pagar solo una parte de ella.

En tercer lugar, la indemnización que deberá pagar el empleado comprenderá no solo los perjuicios previstos o previsibles, sino también los perjuicios no previstos o imprevisibles que haya causado a la víctima (que suelen ser los más cuantiosos), por tratarse de una responsabilidad extracontractual (no se aplica el Art. 1616 del Código Civil). Por el contrario, en ese mismo tipo de casos, en el régimen de responsabilidad civil que se aplicaría al empleador es posible que este solo deba responder por los perjuicios previstos o previsibles, si se trata de un caso de responsabilidad contractual en el que no haya existido dolo o culpa grave del empleado al incumplir el contrato; así, por ejemplo, piénsese en el caso del empleado de una aerolínea que pierde una maleta de un pasajero por una simple culpa: el transportador no responderá por la pérdida del contenido de la maleta que no haya sido revelado por el pasajero al transportador, o que este no tenía como prever según las circunstancias de celebración del contrato, pero el empleado sí será responsable por la pérdida de ese contenido.

En cuarto lugar, el empleado será quien deba hacer finalmente el esfuerzo patrimonial para asumir las consecuencias de lo ocurrido (y no su empleador).

En efecto, si el empleador fuera también demandado por la víctima, resultara condenado y pagara todo (o parte) de la indemnización de perjuicios, este puede posteriormente –o en el mismo proceso– repetir u obtener un reembolso por parte de su empleado, incluso por el 100% de lo pagado (en la mayoría de los casos), así: si el empleador es una persona jurídica (cuya responsabilidad civil por el hecho de sus empleados se somete al régimen de responsabilidad directa o con culpa probada), el fundamento para esa obligación de reembolso será el contrato laboral mismo, incumplido por el empleado al haber incurrido en una culpa que causó un perjuicio a un tercero; si el empleador es una persona natural (cuya responsabilidad civil por el hecho de sus empleados se somete al régimen de responsabilidad indirecta o con culpa presunta), el fundamento será el Art. 2352 del Código Civil².

Incluso, su régimen es más severo que el de los funcionarios públicos: estos únicamente pueden ser demandados en una acción de repetición si cometieron dolo o culpa grave, no así si es un empleado de una persona de derecho privado: la acción de repetición procede simplemente si este cometió una culpa que comprometa su responsabilidad personal (no haber actuado como una persona razonable).

En quinto lugar, si se tratara de un caso en que el empleador es contractualmente responsable frente a la víctima (por tener celebrado un contrato con esta, el cual fue incumplido por la culpa cometida por el empleado), el empleado será responsable en condiciones más desfavorables o severas que su empleador mismo: (a) el empleado deberá indemnizar también los perjuicios no previstos o imprevisibles que haya causado (ya lo dijimos), pero no así su empleador (salvo que el incumplimiento haya sido por dolo o culpa grave), (b) su obligación indemnizatoria estará sometida a un término de prescripción extintiva posiblemente más largo (en el caso por ejemplo de la pérdida de la maleta de un pasajero, que ya mencionamos, el transportador podrá alegar por ejemplo esa prescripción en un término de 2 años, mientras que el empleado solo podrá hacerlo luego de 10 años) y (c) el empleado no podrá invocar contra la víctima ninguna cláusula que esta haya pactado en el contrato celebrado con el empleador, para tratar de proteger o aminorar su responsabilidad: cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad (que le

² Código Civil Colombiano, Art. 2352: *“Las personas obligadas a la reparación (se refiere al “civilmente responsable”: el empleador) de los daños causados por las que de ellas dependen (se refiere al “directamente responsable”: el empleado), tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346”.*

permitan, por ejemplo, no responder por lucro cesante, o por una pérdida de la oportunidad, o solo hasta cierto monto).

En sexto lugar, el empleado seguramente no contará con la suficiente protección patrimonial con la que sí seguramente contará su empleador: no tendrá –ordinariamente no es así– un seguro de responsabilidad civil que ampare personalmente (para él como asegurado) esos perjuicios que haya causado a la víctima. Y en algunos casos, aun si el empleado quisiera contratar ese tipo de seguro, es posible que las aseguradoras no quieran expedirlo (por el tipo de actividad que desarrolle el empleado) o que su costo sea excesivo (como en el caso de los seguros de responsabilidad civil para ciertos sectores de la economía).

5. Como puede apreciarse, se trata de un régimen de responsabilidad civil jurídicamente implacable, cuyas reglas jurídicas trasladan casi por completo al empleado el peso o las consecuencias del hecho generador de responsabilidad civil (así en muchas ocasiones las víctimas decidan no demandarlo, al considerar que seguramente no tiene activos suficiente para responder por el pago de la indemnización) y en el que, generalmente, no hay buenas condiciones para que el empleado procure su protección patrimonial (por la ausencia de un seguro de responsabilidad civil que, para muchos empleados, es imposible de obtener, o cuya prima puede ser muy costosa).

B. Unas consecuencias injustificadas para el empleado

6. En mi opinión, ese régimen de responsabilidad civil del empleado es notoriamente injusto y anacrónico (no ha evolucionado adecuadamente, como sí lo han hecho otros regímenes de responsabilidad civil), por lo que debería considerarse seriamente su modificación (legislativamente) o su reinterpretación (jurisprudencialmente). Varias son las razones que sustentan esta conclusión:

En primer lugar, porque el empleado no es generalmente quien diseña, configura, controla o dirige intelectualmente la actividad que desarrolla.

En efecto, muchos de los empleados a quienes se aplica ese régimen severo de responsabilidad civil son aquellos que están ejecutando materialmente la actividad: que llevan a la realidad aquello que otros han diseñado, configurado o pensado. Por ejemplo, el empleado de una empresa de fumigación aérea que debe ejecutar el plan

de fumigación que su empleador diseñó y pactó con el cliente que contrató a la empresa; o el conductor de un bus de transporte de personas que debe ejecutar la ruta terrestre que otro (su empleador) ya diseñó o configuró.

Pues bien, a partir de esa circunstancia, hay que hacer dos constataciones: (a) que el empleado no tiene entonces el control de la actividad (o por lo menos no el control absoluto de ella), de tal forma que pueda organizarla mejor y trate de prevenir la ocurrencia de daños a terceros (por culpa); y (b) el solo diseño o configuración de la actividad puede tener (suele tenerlo) una incidencia muy importante en lo que algunos llaman el “riesgo normal de empresa” por parte del empleado: que el empleado cometa una culpa que pueda causar un perjuicio a un tercero. Así, por ejemplo, piénsese en el piloto de una aerolínea que es obligado a cubrir una ruta con tramos peligrosos o con condiciones adversas (mal clima, cenizas de volcanes cercanos, zonas en guerra, entre otros): ¿no estará expuesto ese piloto a cometer probablemente más culpas que otro piloto que deba cubrir una ruta con cielos despejados y libre de guerras? O el operario de una central hidroeléctrica a quien se le pide que la opere en una temporada fuerte de lluvias y con mucha agua embalsada (porque su empleador no quiso generar energía durante un buen tiempo y embalsó agua): ¿no estará sometido ese operario a circunstancias más adversas o exigentes y, por ende, a una mayor probabilidad de cometer errores (culpas)?

Ahora, seguramente algunos pensarán que la diferencia en el trato jurídico se justifica en el hecho de que esos empleadores que diseñaron o configuraron la actividad no cometieron alguna culpa (no hay entonces contra ellos ningún hecho imputable de responsabilidad civil), contrario al empleado, que sí cometió una culpa. Este contraargumento me parece insuficiente: no estamos predicando que el empleador deba responder por el solo diseño de la actividad (esto no es en sí mismo un hecho imputable de responsabilidad), sino que se reconozca que, teniendo en cuenta que el empleado no fue quien la diseñó o configuró (lo cual tiene incidencia en la forma en que se ejecuta y en los riesgos de que puede haber en su ejecución), pues se vea entonces sometido a una menor severidad en la aplicación del régimen de responsabilidad si comete una culpa o un error en su ejecución.

En segundo lugar, porque es imposible para el empleado (como cualquier otro ser humano) eliminar ese “riesgo normal de empresa”. Veamos:

Todos nos equivocamos: todos los seres humanos cometemos una buena cantidad de errores o de culpas a lo largo de nuestra vida. Afortunadamente, buena parte de ellas son intrascendentes, bien sea porque no producen consecuencias que lamentar (por ejemplo, un exceso de velocidad que no causa un accidente de tránsito), o porque ocurren en escenarios de la vida que son de poca importancia (por ejemplo, en un simple juego de mesa o en un *hobby* cualquiera).

Ahora, cuando cualquiera de nosotros comete una culpa en nuestra vida personal (por fuera del contexto de una relación laboral), que sí produce consecuencias que lamentar –un perjuicio a un tercero–, es más que justificado que haya responsabilidad civil personal, porque se actuó libremente al escoger la actividad, diseñarla y ejecutarla (y seguramente con la búsqueda, además, de un beneficio personal, que puede ser económico o no). Por lo tanto, está justificado que esa persona deba asumir por completo las consecuencias de esa culpa que haya cometido: que se deba aplicar estrictamente el Art. 2341 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho propio, con todas sus consecuencias.

Pero el escenario es diferente en el caso de una relación laboral. En efecto, el empleado está ejecutando esa actividad porque, en la mayoría de los casos, está procurando su subsistencia, esto es, está desarrollando esa actividad por necesidad³. Y si bien se es libre –en principio– de escoger la actividad en la que se trabaja, el empleado necesita ocuparse entonces en alguna, y en el desarrollo de esa actividad estará siempre expuesto a cometer culpas: es imposible, por buen empleado que alguien sea, que nunca cometa una culpa. Es lo que yo llamo “el riesgo de culpa” (que algunos llaman “riesgo normal de empresa”), que es inherente a la actividad misma. Este “riesgo” –cometer una culpa– hasta ahora no ha sido reconocido por el sistema de responsabilidad civil, para reducir entonces las consecuencias jurídicas a las que puede verse sometido el empleado en caso de que ese riesgo se realice y sea demandado.

En tercer lugar, porque esa actividad la desarrolla el empleado fundamentalmente en beneficio del empleador: si bien el empleado obtiene un beneficio económico (el pago de su salario), es el empleador quien obtiene en la mayoría de los casos unos mayores beneficios –principalmente económicos– con el desarrollo de la actividad.

³ “*OECD Employment Outlook 2020: Worker Security and the COVID-19 Crisis*” (2020), disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/2020/07/oecd-employment-outlook-2020_19b4fc0d.html

Y si es el empleador quien busca esos beneficios mediante la fuerza laboral que aporta el empleado, pareciera que aquel debería asumir entonces (por lo menos en forma principal) los daños que la ejecución de esa actividad pueda suponer, cuando en ella se cometan errores de conducta (culpas). Esto debe ser considerado un riesgo normal de la actividad empresarial (como lo ha predicado ampliamente la doctrina en responsabilidad civil).

Piénsese por ejemplo en lo siguiente: en el caso del régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, los empleados han estado jurídicamente a salvo a lo largo de los años: se ha considerado tradicionalmente que ellos no son los guardianes de la actividad, dado que no tienen el poder intelectual de dirección y control de ella, sino que la guarda corresponde es a su empleador, quien debe responder entonces exclusivamente por el pago de la indemnización. Así, entonces, de esa misma manera los empleados deberían estar protegidos (en forma relativa) por las culpas que cometan en ejecución de la actividad que sus empleadores han diseñado o configurado, con la que buscan la obtención de un beneficio (muchas veces económico) y en la que hay un riesgo inherente de que el empleado cometa culpas (un riesgo normal de la actividad empresarial).

7. Si todo lo anterior es así, ¿por qué razón el sistema colombiano de la responsabilidad civil no reconoce esa verdad incontrovertible y trata de proteger al empleado de ese “riesgo inherente” a su actividad? ¿Por qué incluso se le obliga a reembolsar totalmente a su empleador la condena que este haya tenido que pagar a la víctima, cuando es aquel el que obtiene mayores beneficios –principalmente económicos– con esa actividad? Además, ¿por qué se le somete a un régimen de responsabilidad civil –el extracontractual– que no le permitirá aducir ciertas defensas que su empleador sí podrá aducir a la víctima (por ejemplo, cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad pactadas en el contrato con la víctima)?

En mi opinión, el sistema de responsabilidad civil colombiano ha ignorado durante muchos años esa situación jurídica de los empleados (no ha reconocido que están expuestos permanentemente al “riesgo de culpa” en las actividades que desarrollan) y les ha aplicado con severidad las normas clásicas de la responsabilidad por el hecho propio, sin adaptarlas a su situación particular, lo cual es injusto e inaceptable.

¿Qué propongo? Que exista una inmunidad relativa para el empleado, según paso a explicar.

II. Un régimen nuevo de inmunidad relativa

A. Una inmunidad nueva para el empleado

8. En Colombia, en mi opinión, debería establecerse legislativamente o descubrirse jurisprudencialmente una inmunidad en favor de los empleados: que estos no sean responsables en forma principal frente a la víctima por los perjuicios que causen a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Que sea entonces el empleador (y su asegurador, si lo hay) quien responda en forma principal por el pago de la indemnización a la víctima. Este sería un sistema parecido al que existe en Francia desde el año 2000 (aunque más equilibrado que este).

En efecto, en Francia existió una evolución muy interesante sobre el régimen de responsabilidad extracontractual del empleado (*preposé*) por los perjuicios que causara a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, que terminó con la decisión adoptada el 25 de febrero de 2000 por la Sala Plena de la Corte de casación, en el famoso caso *Costedoat*. Veamos esa evolución jurisprudencial:

9. Antes de 1993, la doctrina, los legisladores y algunas corporaciones judiciales (como la Sala Laboral de la Corte de Casación Francesa) habían empezado a difundir la idea de que el régimen de responsabilidad civil de los empleados debía moderarse, para reconocerles una especie de inmunidad. Así, en los casos de reembolso intentado por el empleador contra el empleado, aquel debía demostrar que este había cometido una culpa grave o un dolo (en similares términos al régimen aplicable a los funcionarios públicos en materia de derecho administrativo).

No obstante, las salas civiles (particularmente, la primera), la comercial y la Sala Penal de la Corte de Casación mantenían una posición severa en contra del empleado: admitían en sus fallos que los empleadores que pagaran una indemnización a la víctima podían obtener un reembolso de parte del empleado que causó el perjuicio, por la totalidad de la indemnización, con la simple prueba de una culpa cualquiera de este que comprometiera su responsabilidad; no debían probar entonces una culpa grave o un dolo.

10. Luego, a partir de 1993, las cosas empezaron a cambiar.

Mediante un primer fallo octubre 12 de 1993⁴, la Sala Comercial de la Corte de Casación decidió que dos empleados de una sociedad (*Sté des parfums Rochas*) no eran personalmente responsables por los perjuicios causados a un competidor de su empleador (*Sté Valières*) por la utilización indebida en el mercado de una marca perteneciente a este, sino que únicamente era responsable el empleador (*Sté des parfums Rochas*). La Sala Comercial concluyó que, dado que se había probado que “los empleados habían actuado dentro del marco de la misión que les había sido asignada por su empleador y que no se había probado que habían sobrepasado los límites de sus funciones”, se podía deducir entonces “que ninguna falta personal susceptible de comprometer su responsabilidad” habían cometido, lo que descartaba su responsabilidad personal.

Lo interesante en este caso era –según la doctrina francesa– que si bien estaba probado que los empleados de *Sté des parfums Rochas* habían participado en los actos de competencia desleal y violación de marcas, la Sala Comercial los haya absuelto al considerar que como habían actuado dentro del marco de la misión confiada por el empleador, no habían cometido una “culpa personal” que comprometiera su responsabilidad. Además, también se puso de presente que, si la víctima hubiera demandado al empleador (*Sté des parfums Rochas*) y luego de pagar la indemnización hubiera pedido un reembolso a los empleados, la solución hubiera sido la misma: negar esta pretensión de reembolso.

Con este fallo, la Sala Comercial se apartó entonces de la jurisprudencia de las Salas Civiles y de la Sala Penal de la Corte de Casación. Ahora, la doctrina cuestionó en su momento el alcance y la importancia de este fallo, dado que no fue publicado en el boletín de la Corte de Casación (lo que sugería que ni la Corte misma le daba mucha importancia) y porque provenía de la Sala Comercial, que no es aquella que se ocupa con mayor frecuencia de los asuntos de responsabilidad civil (por lo que no podía considerarse como la posición oficial de la Corte sobre este tema).

11. Posteriormente, el 30 de octubre de 1995, la Sala Civil de la Corte profirió otro fallo (muy interesante)⁵. Se trató de un caso en el que un bebé en gestación sufrió unas lesiones cerebrales irreversibles, por unos padecimientos ocurridos durante el

⁴ Francia, Corte de casación, Sala Comercial, octubre 12 de 1993, radicado No. 91-10.864.

⁵ Francia, Corte de casación, Primera Sala Civil, octubre 30 de 1993, radicados Nos. 93-20.544, 93-20.579 y 93-20.786.

parto que no fueron detectados oportunamente por los médicos y por la partera (*sage-femme*).

Las víctimas iniciaron un proceso de responsabilidad civil contra la clínica, los médicos y la partera, que resultaron todos condenados en el trámite de la apelación. Varios recursos de casación fueron presentados contra el fallo, siendo la demanda de casación de la partera la más interesante de todas.

En su demanda de casación, la partera reprochaba al fallo del Tribunal de no haber tenido en cuenta que “*dado que ella actuó dentro del marco de sus funciones de empleada, no podría predicarse su responsabilidad personal, sino únicamente la de la clínica*” (invocando entonces lo decidido por la Sala Comercial en el fallo de 1993).

Esta demanda de casación fue desestimada por la Sala Civil, pero con una motivación muy interesante. En primer lugar, la Sala Civil destacó la independencia que se le reconocía a la partera por el Código de deontología que le era aplicable –a pesar de estar vinculada a la clínica por un contrato de trabajo–, marcando entonces una diferencia entre este caso y el de los empleados vinculados ordinariamente a una empresa o empleador (como en el caso *Sté des parfums Rochas*, ya reseñado). En segundo lugar –que fue el argumento más importante–, la Corte destacó que el Tribunal de apelaciones había fundamentado su condena contra la partera en que esta cometió una “falta personal” por no haber hecho ningún monitoreo al bebé y por haber sido descuidada al no haberle avisado a los médicos de turno a pesar de haberse dado cuenta de que el parto estaba teniendo una duración anormal.

Con esta decisión, la Sala Civil parecía haber aprobado entonces el principio (o la regla de derecho) según el cual todo daño cometido por un empleado en ejercicio de sus funciones no puede serle atribuido personalmente, sino en cuanto haya cometido una “falta personal” (en aparente respaldo a lo resuelto por la Sala Comercial en el fallo de octubre de 1993).

12. Finalmente, en febrero 25 del 2000 se profirió el famoso fallo del caso *Costedoat*, en el que ese principio fue confirmado definitivamente por la Corte de Casación⁶. Los hechos fueron los siguientes: unos agricultores contrataron a una empresa de

⁶ Francia, Corte de casación, Sala Plena, febrero 25 de 2000, radicados Nos. 97-17.378 y 97-20.152.

fumigación (*Gyrafrance*) para aplicar unos herbicidas en sus cultivos de arroz, mediante una aspersión (aérea) con helicóptero. Desafortunadamente, el día en que se hizo la fumigación, había mucho viento, lo que provocó que los herbicidas alcanzaran unos predios vecinos, matando su vegetación.

Los vecinos afectados formularon una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra varias personas y empresas, entre ellas, la empresa de fumigación y el piloto del helicóptero. La corte de apelación condenó a todos los demandados, en segunda instancia. El piloto del helicóptero interpuso un recurso de casación contra la sentencia, cuestionando que hubiera sido condenado personalmente.

La Sala Plena de la Corte de casación le dio la razón al piloto, con fundamento en el Art. 1382 y en el inciso 5 del Art. 1384 del Código Civil Francés (numeración anterior a la reforma de 2016), al considerar que “...no compromete su responsabilidad frente a terceros el empleado que ha actuado dentro de los límites de la labor (o misión) que le ha sido asignada por su empleador”. Con esta sentencia, proferida por la formación más solemne que tiene la Corte de casación, se introdujo entonces definitivamente en Francia la regla de derecho que había sido aplicada por primera vez por la Sala Comercial de la Corte (en el fallo de octubre 12 de 1993), acerca de la ausencia de responsabilidad personal del empleado por los perjuicios que cause a terceros en ejecución de las labores que su empleado le haya confiado, o las instrucciones que le haya impartido. Esto es: una verdadera inmunidad.

13. Considero entonces que una inmunidad parecida a la que existe en Francia debería existir en nuestro país, para proteger en forma importante a los empleados por los perjuicios que causen a terceros en cumplimiento de sus funciones. Pero: ¿en qué consistiría exactamente esa “inmunidad”? ¿Cuál debería ser su alcance? ¿A quiénes debería aplicar? ¿El empleado no debería responder nunca (debería ser absoluta)? ¿O habría algunos casos en los que el empleado sí debería responder personalmente (es relativa)? ¿Hay acción de reembolso del empleador? Es lo que explico a continuación.

B. Una inmunidad relativa para el empleado

14. En primer lugar, considero que esta inmunidad no debería aplicar a todo tipo de empleados.

En efecto, en el caso de los administradores sociales, que a veces están vinculados por un contrato de trabajo (por ejemplo, un gerente, un director o vicepresidente administrativo), considero que la inmunidad no debería existir, porque estos son precisamente aquellos que se encargan de establecer las actividades que desarrollará la sociedad (según su objeto social), diseñar la forma concreta de ejecutarlas, disponer los medios para ello (mano de obra y materiales, equipos, entre otros) y decidir si ponerlas en práctica en determinadas condiciones o no. Por ejemplo, en una aerolínea, definir las rutas, los tipos de aviones que se utilizarán para cubrirlas, los pilotos adecuados para ello, los costos asociados a la actividad, cuándo es conveniente suspender una ruta por su peligrosidad, entre otros.

Por lo tanto, realmente no encuentro una justificación para que ellos no deban responder personalmente por los perjuicios que causen a terceros en razón de la aplicación de esas políticas que ellos mismos diseñaron y decidieron que fueran puestas en práctica (distinto al caso del empleado que simplemente tiene que ejecutar esas políticas o directrices, según ya explicamos en la primera parte de este escrito).

15. En segundo lugar, la inmunidad propuesta no debería aplicar para todo tipo de comportamientos del empleado. Esto es: no debería aplicarse en casos en los que el comportamiento del empleado sea de extrema gravedad o tenga una connotación jurídica importante (merezca una sanción particular del ordenamiento jurídico). Veamos:

La inmunidad que propongo debería aplicarse en los casos en los que el empleado, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, comete una culpa propia de su trabajo, que causa un perjuicio a un tercero. Esto es: viola el estándar de comportamiento de una persona razonable que estuviera ejecutando esas mismas funciones o actividades, sin que su comportamiento se considere totalmente inaceptable o particularmente peligroso. En síntesis: no se comportó conforme a la diligencia y cuidado media u ordinaria que su actividad demandaba o exigía.

Pero la inmunidad no debería aplicarse o reconocerse en varias situaciones: (a) en caso de comportamientos dolosos del empleado (intención de causar un daño a un tercero), o en casos de comisión de delitos en ejercicio de las funciones o con ocasión de estas (por ejemplo, el empleado de un banco que estafa a un tercero valiéndose de su cargo); es apenas natural que en estos dos casos, de especial

gravedad, el empleado no pueda beneficiarse de la inmunidad que se propone, sino que sea responsable en forma principal por el pago de la indemnización a la víctima; y (b) en caso de cometer una culpa grave, dado que esta revela que el empleado no tuvo ni la diligencia y cuidado mínima al desarrollar la actividad que le fue confiada por su empleador; si bien podría pensarse que en estos casos el empleado de todas formas podría también gozar de la inmunidad (cualquier empleado está expuesto incluso a cometer una culpa grave), no me parece lo adecuado: hacerlo sería reconocerle un beneficio jurídico en casos donde simplemente no se trató de la concreción de un riesgo normal de empresa, sino en los que el empleado no atendió en lo más mínimo las medidas de seguridad y de diligencia que requería su actividad (lo cual no puede ser tolerado).

En estos grupos de casos (dolo, comisión de un delito y culpa grave) debería seguirse aplicando entonces el régimen de responsabilidad civil extracontractual clásico (ya explicado en la primera parte de este escrito), en el que el empleado sería responsable solidariamente con su empleador frente a la víctima (y el empleador podría repetir contra el empleado en caso de pagar total o parcialmente la indemnización).

Finalmente en este punto, debemos aclarar que si se trata de una culpa cometida por el empleado, que no tiene relación con las funciones o que no se incurrió en ella con ocasión de las funciones, en ese caso no responderá civilmente el empleador, sino que debe hacerlo exclusivamente el empleado. No se trata entonces propiamente del régimen de responsabilidad civil que estamos estudiando y para el cual proponemos la existencia de la ya mencionada inmunidad relativa.

16. En tercer lugar, lo más adecuado es que la inmunidad corresponda a un sistema en que el empleado responda subsidiariamente con el empleador, para encontrar así un equilibrio con el derecho de la víctima a obtener el pago de una indemnización.

En efecto, en mi opinión, debería establecerse una especie de beneficio de excusión en favor del empleado (como existe en el contrato de fianza), en virtud del cual pueda oponerse a las pretensiones indemnizatorias de la víctima aduciendo que primero debe perseguirse el patrimonio del empleador. Y que únicamente si el empleador no tiene solvencia financiera, o que por cualquier otra razón la indemnización no pueda obtenerse del empleador (por ejemplo, operó una prescripción extintiva en favor de este), sea posible entonces demandar al empleado. Mantener esa responsabilidad

subsidiaria del empleado me parece importante, porque si bien es cierto que en muchas ocasiones la solvencia financiera la tienen los empleadores, no es menos cierto que en ocasiones los empleados también pueden tener un patrimonio importante, que la víctima podría perseguir en forma eficaz.

Ahora, ¿por qué no establecer un sistema en el que la víctima no pueda demandar ni siquiera en forma subsidiaria al empleado, esto es, de inmunidad casi absoluta (como existe en Francia desde el año 2000)? Por dos razones: (a) porque ese esquema supone privar a las víctimas del derecho a obtener una indemnización de parte del empleado (que se considera un causante del daño), lo que no me parece razonable⁷, ni justificado: no se puede simplemente suprimir el derecho de la víctima a obtener una indemnización de uno de los causantes del daño (aunque sí se puede regular, condicionar o limitar ese derecho); de hecho, este ha sido uno de los puntos más criticados en Francia a la solución que hizo la Corte en el caso *Costedoat* (del año 2000): un buen sector de la doctrina consideró en su momento que la solución era excesiva y que lo que debió haberse establecido era un sistema de responsabilidad subsidiaria⁸; y (b) porque no habría forma de simplemente inaplicar en Colombia el Art. 2341 del Código Civil, que no establece ninguna excepción al principio de responsabilidad personal por las culpas o comportamientos dolosos que causen daños a terceros, aunque sí se puede relacionar con la aplicación de otras normas y principios (incluso de derecho constitucional) para regular, condicionar o limitar la obligación indemnizatoria a cargo del empleado (como se propone en este escrito).

17. Finalmente, considero que debería establecerse también la imposibilidad para el empleador de ejercer una acción de recobro o de reembolso contra el empleado, una vez pague la indemnización a la víctima.

⁷ Por ejemplo, en Francia se considera como un principio general del derecho tener que responder por todos los perjuicios causados por culpa a un tercero (la obligación indemnizatoria). Por lo tanto, se trata de una obligación que no puede ser eliminada por el legislador, pero sí se pueden definir sus condiciones de aplicación o limitar sus efectos (Le Tourneau, Philippe, 2012, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9 éd., Paris, Dalloz, págs. 30 y 31). Por ende, no considero admisible privar a la víctima de una acción contra el empleado, pero sí limitar esa acción en forma que considero razonable: solo se podrá accionar contra este si el empleador no tiene suficiente solvencia financiera.

⁸ Viney, Geneviève, 2013, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, 4 éd., Paris, LGDJ, pág. 1087.

En efecto, una vez el empleador pague la indemnización a la víctima, ya no tendría ningún sentido que el empleador le traslade a su empleado los efectos patrimoniales del pago de esa indemnización, mediante el ejercicio de una acción de reembolso. Es aquí también donde la inmunidad presenta uno de sus aspectos más importantes: sería inadmisibles el ejercicio de una acción como esta. El empleado solamente debería estar entonces vinculado a la víctima, como responsable subsidiario, mientras no se pague la indemnización a la víctima; pero una vez pagada por el empleador (o su aseguradora), debería ser completamente inmune a una demanda de reembolso.

Ahora, únicamente en los casos en los que el empleado también deba responder en forma principal y solidaria con el empleador (según venimos de explicar), considero que es admisible que se mantenga entonces la acción de reembolso de este contra aquel.