

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE
LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS QUE SIRVEN DE MEDIO AL
TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS EN COLOMBIA.**

EDUARDO GAVIRIA ISAZA.

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2020**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE
LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS QUE SIRVEN DE MEDIO AL
TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS EN COLOMBIA.**

EDUARDO GAVIRIA ISAZA.

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Director

SEBASTIÁN MONTOYA ROLDÁN

Mag. en Derecho Económico

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2020**

*A mi padre y a mi madre...que el esfuerzo representado
en estas páginas sea reflejo de mi gratitud
para con ustedes.*

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1	11
DE LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA A LA LUZ DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO	11
1. ESTUDIO JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA. POR LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS.	11
2. ¿EN VERDAD SON MEROS INTERMEDIARIOS?.....	13
CAPÍTULO 2	19
DE LOS DAÑOS Y LAS RAZONES PARA INDEMNIZARLOS	19
CAPÍTULO 3	23
DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE	23
CONCLUSIONES	34
REFERENCIAS	36

RESUMEN.

En el contexto de la prestación del servicio de transporte terrestre de personas en Colombia, hay dos realidades innegables que ameritan una profunda reflexión: la primera, que la oferta en este sector económico se ha diversificado en virtud del uso generalizado de las plataformas tecnológicas¹ que sirven de medio para su contratación; y la segunda, que precisamente por estas nuevas relaciones comerciales, que se gestan en el seno de la sociedad, es que se generan nuevas ocasiones para producir daños y perjuicios a otros con ocasión de estructuras contractuales nunca antes vistas por el Derecho patrio, y que aparentemente no cuentan con un régimen indemnizatorio que pueda compensar y/o reparar, según sea el caso, a las víctimas de ellos.

Habrá que, entonces, analizar los elementos que en materia de responsabilidad civil² el ordenamiento jurídico nacional provee para afrontar estos nuevos fenómenos dañinos, y de allí lograr dar una respuesta satisfactoria a las problemáticas que ellos generan.

PALABRAS CLAVE: Servicio de transporte terrestre de personas; Plataformas Tecnológicas; Responsabilidad Civil; Daños y Perjuicios; Víctimas.

¹ Se entiende por *“plataformas tecnológicas como [aquellos] medios técnicos que sirven de soporte o herramienta”* (Ministerio de Transporte de Colombia, 2016)

² Es preciso anotar que, si bien conceptualmente los términos de Derecho de Responsabilidad Civil y Derecho de Daños tienen connotaciones diferentes, para los propósitos de este proyecto de investigación se tratarán como sinónimos.

INTRODUCCIÓN.

Durante el último tiempo, la sociedad colombiana ha sufrido profundos cambios sociales en las dinámicas de sus individuos a raíz del advenimiento de la cuarta revolución industrial y del ingreso de las economías colaborativas³ a partir del año 2013⁴ en el mercado nacional, y quizás el más evidente de ellos es la forma cómo las personas se transportan.

Ciertamente, los habitantes en Colombia antes sólo tenían dos opciones de transporte: o bien utilizaban alguno de los vehículos que prestaban dicho servicio público, como los taxis⁵, o bien contaban con su propio medio. Para estos últimos no había ningún problema en las condiciones del servicio, pues ellos mismos satisfacían su propia necesidad; pero los primeros debían (y aún hoy en día deben) soportar una prestación del servicio no sólo deficiente sino también peligrosa.

Lo anterior fue denunciado desde el 2015 en un concepto jurídico rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a la secretaria jurídica de la Presidencia de la República, cuando se analizaban las implicaciones jurídicas y en el mercado de un proyecto de decreto por el cual se modificaba el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte.

En tal oportunidad, el superintendente delegado para la protección de la competencia sostuvo que:

³ *La Comisión Europea, en su reciente Comunicación sobre “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, apuesta por esta expresión (economía colaborativa) para hacer referencia a aquellos “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”* (Alfonso Sánchez, 2016)

⁴ *“La llegada de Uber a Colombia se dio en septiembre de 2013, al aterrizar en Bogotá tres años después de haber sido lanzada en San Francisco”* (ProBogotá Región, 2017).

⁵ *V. o vid, https://caracol.com.co/radio/2014/09/05/nacional/1409925000_401523.html*

(...) la evidencia disponible demuestra que el servicio de taxi en Colombia en algunos casos no cumple con dichos principios. En efecto, desde el punto de vista del consumidor, el mercado actual se enfrenta una situación de: i) demanda no atendida o; ii) de demanda atendida pero insatisfecha. Así, la frecuencia en las quejas de los usuarios de taxis, como los problemas de seguridad y abuso en el cobro de las tarifas, ponen en tela de juicio el cumplimiento de los principios regulatorios referidos. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015)

Con el objeto, entonces, de satisfacer la necesidad de movilizarse de las personas, la iniciativa privada se puso en pro de mejorar el servicio de transporte terrestre de personas, ofreciendo nuevas condiciones y nuevos precios a cambio de mayor seguridad y eficiencia⁶.

El éxito estuvo asegurado desde un inicio⁷, no sólo porque la prestación del servicio era mucho más eficaz y rápida que el tradicional—pues se valieron de las ventajas competitivas que el uso de las plataformas tecnológicas a través del internet proporciona, y de la naciente economía colaborativa como sistema de producción y consumo de bienes y servicios—, sino también porque los precios que se ofrecían a los consumidores eran acordes al servicio que se prestaba⁸.

El auge de esta opción de transporte llegó a Colombia con diferentes sociedades que se establecieron en el territorio nacional como subordinadas de una

⁶ En el referido concepto, la Superintendencia afirma que *“estas plataformas han colaborado para resolver eficazmente problemas de asimetría de información y coordinación, dado que permiten conocer los datos del conductor, planificar rutas, contratar una tarifa dinámica, desglosar la tarifa, evaluar con consecuencias a la contraparte, y conocer en tiempo real la disponibilidad del servicio, construyendo así un nuevo producto en el mercado”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015). De allí es de rescatar que, entre los muchos problemas de asimetría de la información en el servicio prestado por los taxis, la inseguridad, los problemas de manejo y el abuso de las tarifas, son circunstancias que motivan a los usuarios a valerse de las plataformas en tanto estas, por su particular funcionamiento, evitan la producción de estos fenómenos.

⁷ Puntualmente, en el caso de Uber, al ser la primera sociedad de esta índole en operar en el país, se observó que *“en los siguientes tres años, Colombia pasó a ser el quinto país con el mayor número de ciudades ofreciendo los servicios de Uber, solo detrás de Estados Unidos, Brasil, India y México”* (ProBogotá Región, 2017)

⁸ Asimismo, la Superintendencia afirmó que *“Estas plataformas han colaborado para resolver problemas de asimetría en la información y de coordinación, dado que permiten (...) contratar una tarifa dinámica, desglosar la tarifa (...)”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015)

sociedad matriz diferente⁹. Al principio no hubo problemas, pero con el tiempo y las presiones político-sociales¹⁰ empezaron a gestarse preguntas y preocupaciones todavía no resueltas, y que le compete al derecho privado patrio responderlas.

Si bien todo este tema suscita reflexiones profundas en torno a problemas jurídicos trascendentales para resolver a cabalidad el embrollo jurídico que implica el uso de las plataformas tecnológicas que sirven de medio para el transporte terrestre de personas en Colombia —como lo es el problema de la competencia, o el de la tributación, o el de la existencia o no de una relación laboral entre la sociedad y el individuo que presta el servicio subyacente—, para los propósitos de este texto el análisis se centrará en la responsabilidad civil de la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica.

Por un lado, tales sociedades comerciales (como Uber, Cabify, Beat, etc.) sostienen que su actividad es de mera intermediación y no tienen nada que ver con el servicio de transporte que se concreta a través del uso de las plataformas tecnológicas, y por ende cualquier daño o perjuicio que ocasionen no sería responsabilidad de ellas¹¹; pero, por otro lado, varios sectores jurídicos, políticos y gremiales aseguran que las sociedades en efecto se dedican al transporte terrestre de personas en el país, lo que conlleva necesariamente su responsabilidad civil durante la prestación del servicio.

Esta dicotomía jurídica ha impedido que se tenga certeza sobre cuál es el régimen indemnizatorio para las víctimas que padezcan daños o perjuicios en medio de la prestación del servicio de transporte terrestre de personas que se contrata a través de la plataforma tecnológica, lo cual ha generado una alta inseguridad jurídica

⁹ *V. o vid*, anexo 1.

¹⁰ *V. o vid* <https://www.pulzo.com/nacion/hugo-ospina-anuncia-paro-nacional-por-regreso-uber-PP849217>

¹¹ Incluso, algunas de estas sociedades estipulan en los términos y condiciones de la plataforma tecnológica cláusulas de exoneración de responsabilidad por los daños que acaezcan en medio de la prestación del servicio que con ellas se contrata. *V. o vid*, anexo 2.

para los usuarios y terceros, que se ven desamparados por el derecho en caso de requerir que se les indemnice o se les repare

A pesar de ello, las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas siguen funcionando y cada vez adquieren mayor impacto en el mercado del transporte terrestre de personas en Colombia, en términos de oferta y demanda¹², lo que inevitablemente acarrea que con ellas siguen creándose nuevas ocasiones para producir daños a otros.

Así las cosas, el presente trabajo pretende identificar el régimen de responsabilidad civil aplicable, y que mejor se puede adaptar, a las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas en Colombia, sin cambiar su naturaleza jurídica, cuando se presentan fenómenos dañinos con ocasión del uso de su servicio.

Lo anterior se hará a través de 3 capítulos, seguidos de un acápite de conclusiones, que analicen los elementos clásicos de la responsabilidad civil en el marco del uso de las plataformas tecnológicas como medio para contratar el servicio de transporte terrestre de personas en Colombia, a saber: conducta, daño y/o perjuicio, y el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual propiamente dichos. (Portafolio, 2019)

En este sentido, el primer capítulo examinará la naturaleza jurídica de las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas, buscando responder a la pregunta implícita de qué servicio prestan dichas sociedades, y a través de cuál modelo de negocio o contratación con los particulares consumidores del mismo y con el transportador.

¹² Según cifras obtenidas por PORTAFOLIO, sólo Uber en 2019 contaba con 88.000 socios conductores en 12 ciudades, realizando en promedio 2 millones de viajes a la semana, lo que equivale a 286.000 viajes diarios. *V. o vid*, <https://www.portafolio.co/negocios/apps-de-transporte-urbano-ya-estan-en-15-ciudades-del-pais-530355>

Luego, el segundo capítulo expondrá, a la luz de la filosofía del derecho de daños, la importancia del estudio del daño jurídico ontológicamente considerado como nuevo eje de los sistemas de responsabilidad civil.

Finalmente, el tercer capítulo establecerá el régimen de responsabilidad civil aplicable a las sociedades proveedoras y que mejor se puede adaptar a las nuevas realidades que comportan el uso de las plataformas tecnológicas que sirven de medio para el transporte terrestre de personas en Colombia.

Todo lo anterior con la finalidad de lograr un esquema indemnizatorio y/o compensatorio que procure por el mayor bienestar de las víctimas.

CAPÍTULO 1.

DE LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA A LA LUZ DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO.

El primer punto de partida para alcanzar los objetivos de este texto es analizar la conducta que se despliega por las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas en Colombia, en otras palabras, habrá que examinar la naturaleza jurídica de las sociedades dedicadas a esta actividad, por cuanto al develarla se podrá saber qué esquemas jurídicos las cobijan.

Para desenredar, entonces, este problema jurídico se partirá por analizar los objetos sociales a los que se han circunscrito algunos de los exponentes más representativos en el mercado de este tipo de servicios, para luego yuxtaponerlos con las prescripciones que el derecho ha dispuesto alrededor del tema; y de esta forma lograr una reflexión final que sirva de insumo para esclarecer el primero de los tres elementos de la responsabilidad civil de estas sociedades.

1. ESTUDIO JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA. POR LAS SOCIEDADES PROVEEDORAS DE LAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS.

Cualquier rama del Derecho que estudie algún fenómeno de responsabilidad jurídica¹³, antes de predicarla, debe verificar que la conducta desplegada por el sujeto es susceptible de declararse como ilícita por haberle producido a otro algún daño o perjuicio que no esté en la obligación de soportar. Para ello se deberá

¹³ Para el Mg. Hernán Vélez Vélez, *“la responsabilidad jurídica, en definitiva, es un estado jurídico que consiste en que una persona es apta para ser sancionada, durante un tiempo generalmente determinado, porque se ha cometido un acto ilícito”* (Vélez, 2016)

esclarecer, por ejemplo, si en la conducta medió el dolo o la culpa del agente, si fue una acción o una omisión, si fue en el contexto de un negocio jurídico o no, etc. Lo mismo sucede en materia de responsabilidad civil.

En el caso de estudio del presente texto, para que a las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas se les pueda declarar civilmente responsables, antes hay que comprender lo que jurídicamente implican las conductas que realizan.

Al tratarse, pues, de personas jurídicas, la herramienta que se ha de utilizar es el estudio de los objetos sociales de ellas¹⁴, pues estos delimitan las actividades civiles o comerciales a las que se dedican, que finalmente serán el marco jurídico y fáctico desde el cual se analizará la responsabilidad civil de las sociedades.

De la observación detenida de los objetos sociales en mención se encontró que es casi un consenso que estas sociedades se autodenominan como meros intermediarios del servicio de transporte, sin especificar a través de qué tipo de negocios jurídicos realizan su labor.

En este sentido, el abogado Fabián Alejandro Galvis, en tesis de maestría presentada en el 2018 a la Universidad Pontificia Bolivariana, titulada *“Aplicaciones móviles para el transporte: ¿un responsable más en los accidentes de tránsito?”*, sostiene que:

(...) los propietarios de las plataformas tecnológicas alegan, para su beneficio, en la mayoría de casos, que son simples intermediarios que únicamente proporcionan el contacto la persona que desea un servicio con la persona que lo provee, pretendiendo con ello eximirse de responsabilidad (Galvis, 2018)

Análogamente, los abogados María Isabel Giraldo Moreno y Daniel Posada Patiño, quienes presentaron a la Universidad EAFIT la monografía jurídica para

¹⁴ Sin la pretensión de volver el presente trabajo un ejercicio casuístico, para sus propósitos se tomaron en cuenta los objetos sociales de Uber Colombia SAS, Maximobilty S.A.S., y Beat Ride App Colombia SAS. De la lectura de ellos, en efecto, se encontró que estas sociedades se dedican a una amplia gama de servicios, incluida la intermediación, mas no mencionan la prestación del servicio de transporte en ninguna modalidad.

optar el título de abogados titulada *“Aplicación y adaptación del régimen de la Responsabilidad Civil en el modelo de las economías colaborativas en Colombia”*, al analizar el caso de Uber desde la óptica del derecho colombiano afirmaron que: *“como ya se ha mencionado, Uber afirma ser un mero intermediario y no tener ningún tipo de relación con los conductores, más allá de un simple contrato de intermediación y de acceso a la plataforma”* (Giraldo & Posada, 2018).

De lo anterior, no queda duda que las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas se han autodenominado, casi unánimemente, como simples intermediarios en la prestación del servicio de transporte, lo que lleva a concluir que la relación jurídica que habría entre ella (la sociedad que provee la plataforma) con el usuario y con el prestador del servicio de transporte, es, en ambos casos, una relación de acreedor-deudor, en donde la primera se obliga para con los segundos a ayudar en la gestión del servicio subyacente; mientras que la relación jurídica que se trazaría entre el usuario de la plataforma y el prestador del servicio sería también la relación de acreedor-deudor, solo que esta vez en el marco de un contrato de transporte¹⁵.

2. ¿EN VERDAD SON MEROS INTERMEDIARIOS?

Aparentemente la situación de las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas, en lo que atañe a su responsabilidad, ya se habría resuelto con el hecho de presumirlas —tal y como ellas mismas se autodenominan— como meros intermediarios en el proceso de contratación del servicio de transporte terrestre de personas en Colombia. No obstante, se requiere un análisis más profundo por lo novedoso y por lo importante que ellas representan en la actualidad para la sociedad colombiana, para poder responder satisfactoriamente la anterior cuestión.

¹⁵ V. o vid, Arrubla, J. (2015). *Contratos mercantiles. Contratos típicos* (Decimocuarta ed.) , cap. II, El contrato de transporte. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

Para abordar este tema, es menester hacerlo desde una perspectiva legal, revisando las directrices que la ley, como fuente primigenia del derecho en nuestro ordenamiento, ha dispuesto.

El primer análisis, pues, debe partir desde la regulación que el legislador ha hecho expresamente sobre los negocios jurídicos de intermediación, toda vez que las sociedades que en este trabajo se estudian así han decidido enmarcar su funcionamiento dentro del tráfico jurídico.

No sobra, entonces, recordar que como nuestro ordenamiento jurídico privado se ha edificado bajo el postulado de la autonomía de la voluntad privada¹⁶, que *“consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”* (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2019), y siempre que se respeten las barreras infranqueables del orden público y las buenas costumbres¹⁷, el intérprete deberá ceñirse al contenido y alcance que los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, han determinado (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2019).

En primer lugar, hay que señalar que, independientemente de la forma que tome el negocio jurídico en particular, *“la intermediación se consagra como la figura general a través de la cual las personas se obligan a gestionar intereses ajenos, con o sin representación”* (Giraldo & Posada, 2018), de ahí que solo si las sociedades proveedoras de las plataformas jurídicas cumplen con este requisito, es que sería predicable que intermedian el servicio de transporte; pero si, por el contrario, en

¹⁶ V. o vid, Arrubla, J. (2012). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil* (Decimotercera ed.), cap. I, La autonomía de la voluntad y el derecho comercial, Bogotá D.C.: Editorial Legis.

¹⁷ En este punto es importante anotar que el tema de las limitaciones a la autonomía privada en la actualidad, ameritan una reflexión muchísimo más profunda y extensa que la que se puede abarcar acá. Es un tema de alta complejidad que también debe ser estudiado a raíz del uso de las plataformas tecnológicas. Sin embargo, debido a las limitaciones del presente texto, se prescindirá de hacerlo, sin dejar de ser consciente de lo necesario que es esta discusión.

medio de las relaciones jurídicas que se trazan gestionan intereses propios, no hay lugar a tal declaración.

Cuando la doctrina se ha enfrentado a este problema ha confundido lo que implica gestionar un interés, razón por la cual en la mayoría de los casos se ha concluido que las sociedades en cuestión son prestadoras del servicio subyacente de transporte, contrario a su autodenominación (Galvis, 2018).

Pues bien, quienes participan de esta tesis obvian lo que prescribe la ley 336 de 1996 —también conocida como el Estatuto Nacional de Transporte— en su artículo 10, pues según ella es “*operador o empresa de transporte la persona natural o jurídica constituida como unidad de explotación económica permanente con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente*” (Congreso de Colombia, 1996); características que, evidentemente, las sociedades en cuestión no comparten, y por ende no pueden ser consideradas como prestadoras del mencionado servicio¹⁸.

En lógica jurídica, se debería descartar la teoría de declarar a las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas como empresas dedicadas al transporte.

De lo anterior se sigue que el marco jurídico que las debe cobijar es la intermediación. Inexorablemente, esto produce una nueva duda a resolver: ¿hay o no una regulación explícita del legislador a la que se sujetan estas sociedades?

Si bien el régimen legal que más se parece a la intermediación que lleva a cabo la sociedad proveedora de la plataforma con el usuario, por un lado, y con el prestador del servicio de transporte, por otro lado, es el corretaje, los hechos

¹⁸ Esto último se complementa si se tienen en cuenta las disposiciones consagradas sobre transporte terrestre en el Código Civil y en el Código de Comercio; en la ley 105 de 1993; y en los decretos 348, 1079 y 2297 de 2015 expedidos por el Ministerio de Transporte.

sociales demuestran que ni siquiera esta es una regulación jurídica especial que logre encuadrarlos del todo¹⁹.

No significa esto que el derecho nacional no tenga herramientas jurídicas para responder a ellos; de hecho, una de estas es la teoría de los contratos atípicos (Arrubla, 2015).

Pero para poder llegar a los resultados pretendidos con ella, primero, hay que esclarecer si el negocio jurídico en cuestión es de naturaleza civil o mercantil. Para ello se han establecido una serie de criterios que de cumplirse, así sea sólo uno de ellos, verificaría la naturaleza comercial del acto o negocio (Arrubla, 2015).

En efecto, el negocio de intermediación que provee la sociedad a través de la plataforma tecnológica a usuarios y transportistas es eminentemente mercantil, no sólo por la naturaleza de la prestación que ofrece, sino también porque aquella es brindada por un comerciante (Presidencia de Colombia, 1971).

Sentado así que el régimen jurídico que debe regular el referido negocio es el propio del derecho comercial, es posible considerar si el mismo efectivamente se encuadra en la teoría de los contratos atípicos antes señalada.

Sin duda alguna, las características contractuales particularísimas que implican el negocio entre el usuario de la plataforma y la sociedad, y entre esta y el transportista, por no tener una individualidad manifiesta en la ley positiva como un tipo contractual, es menester catalogarlas bajo la denominación de contrato atípico (Arrubla, 2015)

Lo anterior se debe toda vez que, como se evidencia en la práctica, la prestación del servicio se caracteriza por: un usuario de la plataforma que demanda

¹⁹ Para llegar a esta conclusión se analizaron los distintos tipos contractuales de intermediación que consagran el Código Civil y el Código de Comercio (como el mandato, la comisión, la agencia mercantil, la preposición, el corretaje, entre otros) a la luz de lo que en realidad ocurre cuando se hace uso de las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas en Colombia.

el servicio de transporte; un transportista que ofrece dicho servicio; y una plataforma que los pone en contacto.

No obstante, sería ingenuo afirmar que la labor de la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica que permite la interacción entre las partes finaliza cuando las acerca para que estas realicen el negocio (como lo haría un verdadero corredor). El quid del asunto radica en el hecho de que la sociedad va un poco más allá, sin que materialmente se pueda afirmar que son quienes prestan el servicio subyacente contratado.

Aunque cada sociedad ha determinado un funcionamiento particular de su producto (entiéndase la plataforma tecnológica), de la lectura de los términos y condiciones²⁰ por ellas establecidos, que cumple el rol del texto contractual que vincula a las partes en distintas relaciones jurídicas, se puede comprender una serie de factores comunes, a saber:

(1) un interfaz web gratuito en el producto que hace uso de internet y/o datos móviles para su correcto funcionamiento; (2) la opción del usuario de escoger previamente a través de qué tipo de vehículo prefiere que se le preste el servicio; (3) la posibilidad del usuario para conocer de antemano a su transportista, previamente cualificado por la sociedad, lo cual constituye el incentivo decisivo de los usuarios para el uso de la plataforma; (4) la facultad que tiene el usuario para ver, durante la ejecución del servicio, en un sistema GPS cómo se va realizando el trayecto (el cual se puede compartir con terceros para que también lo presencien en línea), realizar modificaciones en el mismo, e incluso cambiar el método de pago inicialmente acordado; (5) la estimación aproximada (esto es, susceptible de variar por diversos motivos) del precio a pagar por el usuario al transportista en contraprestación del servicio recibido; (6) la generación de una ruta sugerida para el trayecto contratado, la cual, se reitera, puede ser modificada a consideración del usuario; (7) como ya se dejó entrever, la capacidad que tienen tanto usuarios como

²⁰ V. o *vid*, anexo 2.

transportistas para calificar a su contraparte luego de finalizar el servicio, la cual sirve de insumo a la sociedad para mejorar las experiencias futuras de las partes cuando hagan uso de la plataforma; (8) la autorización que tiene la sociedad para hacer un seguimiento del comportamiento de usuarios y transportistas; (9) el derecho de las mismas para poder sancionar con multas o bloqueos a quienes consideren que han infringido sus normas de correcta conducta; y (10) el pago que hacen tanto usuarios (indirectamente) como transportistas (directamente) a la sociedad por su intermediación.

Se concluye de lo anterior que, sin dejar de reconocer lo polémico y complejo que resulta este tema, para los propósitos de este texto se considera que las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas en Colombia, son verdaderas intermediarias en la prestación de dicho servicio, mas su actividad comercial jurídicamente desplegada no se encuadra en ninguna regulación de segundo grado contemplada por el legislador en los códigos (Arrubla, 2015); lo que no obsta para que sean civilmente responsables por los daños ocasionados a usuarios, transportistas o terceros en el marco del uso del producto por ellas proporcionado.

CAPÍTULO 2.

DE LOS DAÑOS Y LAS RAZONES PARA INDEMNIZARLOS.

La doctrina jurídica recurrentemente ha sostenido que el derecho de daños es producto de una regla universal que prohíbe dañar a otros, y que ante su incumplimiento doloso o negligente activaba sus mecanismos para hacer responsable a aquel que realizó la conducta que derivó en dicho resultado (García Amado, 2018).

El sistema jurídico colombiano, por supuesto, además de partir de dicha premisa (que se sintetiza en el aforismo latino de *alterum non laedere*), postuló a la culpa como eje fundamental para las declaraciones de responsabilidad civil, y por consiguiente a las sanciones jurídicas que ellas le impongan al responsable para resarcir los daños ocasionados a las víctimas.

Pero a partir del advenimiento del maquinismo, las fuerzas técnicas comenzaron a desarrollarse y mientras los daños aumentaban considerablemente, las víctimas se veían desprotegidas, ya que casi siempre el demandado resultaba absuelto ante la dificultad de probarle la culpa. Comenzaba así la más asombrosa especulación conceptual, (...) cuyo fin es dar a las víctimas medios para que se les indemnice por los daños sufridos. (Tamayo, 2018).

Desde entonces el análisis de la responsabilidad civil de un sujeto a quien se le atribuye la comisión de una o varias conductas dejó de tener como eje central el aspecto subjetivo, para pasar a considerar que en determinados casos la simple producción del daño a otro es razón suficiente para justificar su indemnización y/o compensación.

De ahí que el estudio del daño jurídico ontológicamente considerado tenga cada vez mayor importancia para esta rama del derecho (García Amado, 2018). Los debates que en este escenario se han dado, a pesar del tiempo, siguen vigentes, y

sus posiciones iluminadoras sirven de base para sostener nuevas teorías sobre la responsabilidad civil de actores impensados en su tiempo.

Probablemente el aporte más importante de esta parcela del conocimiento jurídico ha sido la conceptualización teórica del daño, de la cual han partido los distintos ordenamientos jurídicos positivistas para la creación, aplicación y (últimamente) renovación de los esquemas responsabilizatorios.

Escuetamente se puede hablar de dos grandes escuelas o teorías que han procurado proponer una noción de daño que le sirva a los propósitos del Derecho de Responsabilidad Civil; ellas son las teorías comparativas (que se subdividen en la teoría histórica y la contrafáctica) y las teorías no comparativas.

“Según las teorías comparativas, hay daño para un sujeto cuando de la comparación entre dos situaciones se sigue que, respecto a cierto bien o interés básico, ese sujeto está peor en una determinada situación de esas dos.” (García Amado, 2018).

Por su parte, *“las teorías no comparativas del daño sostienen que para un sujeto hay daño cuando ese sujeto se encuentra en cierto estado negativo para el bien o interés que importe o cuando el grado en que ese bien o interés se disfrute esté por debajo de cierto umbral.”* (García Amado, 2018)

A pesar de los grandes aportes de las teorías no comparativas en la individuación del daño como un estado conceptual independiente de las circunstancias que lo provocaron, es preciso tomar partido por las ideas comparativas si se quiere correlacionar de mejor forma el daño con la imputación de responsabilidad a su agente (García Amado, 2018).

En palabras del maestro Juan Antonio García Amado, de muy autorizada opinión,

Imputar responsabilidad implica relacionar la situación de daño con una conducta dañosa y para esa relación algún juicio comparativo parece insoslayable, sea la

comparación entre el antes y el después de la conducta eventualmente dañosa, sea la comparación entre lo que ha sido el resultado de su conducta y lo que habría sido un resultado alternativo. (García Amado, 2018)

Para ese propósito, García Amado propone seis pautas o principios metodológicos que guían el estudio de la noción del daño, cuales son: principio atomístico, principio de individuación subjetiva y material del daño, principio de unificación finalística, principio tipicidad social, principio persistencia del daño aunque sea daño justificado, y principio de acotación temporal (García Amado, 2018).

No obstante, sin dejar de reconocer la trascendencia de esta propuesta para el estudio ontológico del daño, los propósitos de este texto se centran más en identificar un esquema de responsabilidad civil aplicable en la práctica que en ahondar en el análisis filosófico sobre los daños.

Por lo anterior es que se opta por tomar como axioma la definición que el Dr. Javier Tamayo propone, en compañía de grandes juristas, en su reciente libro “nuevas reflexiones sobre el daño”. Allí, el autor indica que el *“daño civil indemnizable es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente la víctima.”* (Tamayo, 2017)

Como se ve, la definición de Tamayo encaja dentro de las ideas de las teorías comparativas en las líneas antes expuestas. El menoscabo al que se refiere el jurista se explica mejor como un estado de cosas luego del acaecimiento de una conducta desplegada por un tercero provocando un cambio para peor de lo que se estaba o de lo que habría estado.

Por consiguiente, un accidente automovilístico, unas lesiones personales, un hurto, o un mal manejo de los datos personales —producidos, en este caso, en el

marco del uso de las plataformas tecnológicas que sirven de medio para contratar el servicio de transporte terrestre de personas—, constituyen por sí solos daño en sentido jurídico “*desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial (...)*” (Tamayo, 2017) de la víctima directa o de víctimas diferentes, y por el cual el derecho conviene en “*(...) hacer recaer en cabeza de quien lo causó la obligación de indemnizar*” (Tamayo, 2018).

Esta obligación tiene sentido, no sólo “*en la medida en que [el daño] sea causado en forma ilícita por persona diferente de la víctima (...)*” (Tamayo, 2017), sino, sobre todo, si con ella se logra la rectificación de la víctima, en el sentido aristotélico de la justicia correctiva, por el injusto que ha padecido.

Como lo dijo el PhD Alexander Vargas en su texto “*el valor de no dañar: de la responsabilidad a la prevención*”, recopilado por Diego Monroy Papayannis en su libro de “Filosofía del Derecho Privado”:

(...) La justicia correctiva bajo esta concepción ofrece razones para la acción dirigidas especialmente a las partes, quienes responden solamente por la anulación de las pérdidas de las que son responsables, dada la realización de un injusto que genera deberes que antes no tenían. (Vargas, 2018)

El camino, entonces, para la imposición de tales deberes u obligaciones se encuentra en la legislación positiva de los esquemas de responsabilidad civil. Sólo el cumplimiento de los supuestos de hecho que ellos exigen puede derivar en la consecuencia jurídica de la declaratoria de responsabilidad.

CAPÍTULO 3

DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE.

A la responsabilidad civil, en tanto subespecie de la responsabilidad jurídica, le son predicables aquellas nociones que se desprenden de esta última. La relación, pues, de especie a género permite hacer la siguiente afirmación: *“un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando en caso de conducta contraria se dirige contra él una sanción”* (Kelsen, 2016). En términos lógicos lo anterior se traduciría a una ecuación en dónde R es responsable por una conducta C, siempre que de producirse la conducta NC (que en todo caso es negación de C) a este le acarree una sanción S. De ahí entonces se colige que a cualquier fenómeno de responsabilidad jurídica, incluida la civil, se deber relacionar la sanción.

No obstante, no han sido pocos los autores, de prestigiosa opinión, que han concluido de manera diferente en su noción ontológica de la responsabilidad civil. En su entender este fenómeno puede ser considerado bien como *“(…) la obligación de reparar el perjuicio que se ha causado. Es obligación reparar por sí o por otro el daño ocasionado contra la persona o el patrimonio de un tercero”* (Arrubla, 2012); bien como lo asevera *“el Jurista colombiano Álvaro Pérez Vives (1957), [quien] por momentos sostiene que la responsabilidad civil es ‘algo’ del que surgen obligaciones y por otros, que ella es en sí misma una obligación indemnizatoria”* (Vélez, 2016); bien como *“la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quién se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros.”* (Tamayo, 2018); o bien como *“el Jurista Adriano de Cupis (1975) afirmó hace mucho tiempo que la responsabilidad civil es una especie de sumisión a una reacción jurídica por la comisión de un daño, en virtud de la cual se le impone a una persona la carga de resarcirlo”* (Vélez, 2016).

Como se ve, el tema ha sido controvertido y no dejará de serlo por más aproximaciones teóricas que en este espacio se hagan. Por ello, humildemente, a los propósitos de este texto se acoge la propuesta del Dr. Javier Tamayo considerándola como la más acertada y estricta en lógica jurídica; lo cual para nada le quita lo valioso de las concepciones disidentes antes reseñadas.

De hecho, a la propuesta del Dr. Tamayo bien le cabría la cuña que se sigue: sólo puede considerarse la Responsabilidad Civil como una verdadera consecuencia jurídica, si es ella la sanción que se impone al responsable por parte del ordenamiento jurídico debido a la producción (propia o ajena) de una conducta (otrora culpable y) dañosa a otro que no tiene por qué soportarla, y la misma sólo se revestirá como obligación jurídica en tanto su inejecución sea condición de un nuevo acto coactivo, esto es, de una nueva sanción; si no, tal consecuencia jurídica no será más que la mera autorización para ejecutar la sanción (Kelsen, 2016).

De esta forma no sólo se respeta el planteamiento de la ecuación antes esbozada, sino que no se cae en los errores conceptuales, demostrados por el jurista austriaco Hans Kelsen, de quienes identifican la responsabilidad jurídica (y por ende civil) con la obligación jurídica. Pero, al respecto, bien vale hacer una consideración adicional.

Como ya se ha dejado entrever, la evolución del derecho positivo en materia de derechos de daños, sobre todo el que se corresponde con el de este lado del hemisferio occidental, ha sido vertiginoso a causa del maquinismo y de la tecnologización de la sociedad civil. El concepto de culpa en la conducta sobre el cual este se edificaba ha perdido su papel preponderante, y ha entrado en el terreno una concepción objetiva que pretende responsabilizar cuando sea necesario por la simple producción del daño, aún cuando el mismo provenga de conductas no reprochables e incluso queridas por el ordenamiento jurídico.

Quizás, quienes en palabras más simples han comprendido el anterior planteamiento han sido el PhD. Andrés Felipe Duque y el Mg. Sebastián Montoya,

quienes, cuando optaban por título profesional de abogados, plantearon en su monografía jurídica que:

La responsabilidad es la consecuencia jurídica que se sigue de la comisión u omisión de una conducta que podría ser disvaliosa, pero también podría ser o neutra al valor o inclusive tenida por deseada por el orden social, de la cual, en todo caso se sigue un resultado dañoso cuya reparación es exigida por el orden jurídico —finalidad exclusiva o concurrente con otras— a veces reprochando la conducta realizada y otras veces apenas, buscando el equilibrio económico de las relaciones interpersonales. (Duque & Montoya, 2009)

Es por esto que para concretar la finalidad de lograr establecer un esquema indemnizatorio y/o compensatorio aplicable a las sociedades proveedoras de las plataformas tecnológicas que sirven de medio para contratar el servicio de transporte terrestre de personas, y que procure por el mayor bienestar de las víctimas cuando acaezcan daños en el contexto del uso de dicho producto, es menester no sólo distinguir los regímenes que sirven para ese propósito, sino discurrir entre sus prescripciones para atinar con aquellas que mejor se adaptan a estas nuevas realidades.

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Como ya se ha establecido en el capítulo 1 de este texto, la intermediación de las sociedades en cuestión para la contratación del servicio de transporte terrestre se hace a través de la figura jurídica de los contratos atípicos, de ahí que, como aparece obvio, la misma no tenga una regulación específica que determine el régimen jurídico aplicable en caso de producirse un fenómeno de responsabilidad civil contractual. No obstante, ello no es óbice alguno, en tanto este “vacío” se llena por mandato de la misma ley. Veamos:

El profesor Jaime Arrubla afirma que el primer eslabón del orden normativo que regula la contratación atípica siempre son las mismas estipulaciones

contractuales toda vez que las mismas, al tenor del artículo 4 del Código de Comercio “(...) *son verdaderas reglas de derecho comercial. Se encuentran subordinadas a las normas de carácter imperativo, pero se aplican antes que las normas dispositivas o supletivas y de las costumbres mercantiles*” (Arrubla, 2015).

Es así cómo, necesariamente, una vez más, hay que recurrir al único texto contractual que en este caso se presenta: los términos y condiciones del funcionamiento de la plataforma tecnológica. En ellos, las sociedades establecen las cláusulas contractuales por sí solas, esto es, sin el concurso preliminar de la contraparte contractual. A este fenómeno, la doctrina jurídica ha querido denominarlo como un contrato por adhesión o preestipulado.

Como suele suceder en este terreno, en la redacción de los términos y condiciones las sociedades proveedoras de la plataforma “*aprovecha[n] el vehículo de las condiciones generales para reforzar su lugar en el contrato y debilitar al adherente*” (Arrubla, 2015). Es un factor común en ellos la presencia de cláusulas limitativas y/o atenuantes de la responsabilidad de las sociedades, las cuales, a la luz del artículo 43 del Estatuto del Consumidor —norma imperativa (de orden público) que se aplica preponderantemente al caso en cuestión en virtud de su artículo 1 y 5—, “*son ineficaces de pleno derecho*” (Congreso de Colombia, 2011).

Por esto, los textos contractuales, al menos en lo que se refiere en materia de responsabilidad civil, quedan descartados como ámbito de regulación del régimen jurídico; y se debe optar, en cambio, por la legislación mercantil como afirma el Dr. Arrubla, en tanto

es la fuente primogénita del contrato y está contenida en las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos que trae la legislación mercantil en los artículos 822 y siguientes, y las normas especiales sobre los tipos contractuales del mismo Código de Comercio.

Pero además, (...) también las normas del Código Civil sobre la teoría general de las obligaciones y los contratos, y en las especiales de cada tipo contractual, en

virtud de la remisión expresa que efectúan artículo 822 del Código de Comercio. (Arrubla, 2015).

Es por esta remisión que en este, y en todos los contratos mercantiles, el fundamento en donde estriba la responsabilidad contractual, cuales son los artículos 1602 y siguientes del Código Civil, puede ser invocado.

Dice el mencionado artículo que: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* (Congreso de Colombia, 1887); y, en el enunciado que se sigue, sostiene el mismo cuerpo normativo que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”* (Congreso de Colombia, 1887)

Por ello es que la máxima que afirma que *“la responsabilidad del agente solo será contractual en la medida que el daño surja de la inejecución del contrato, es decir, que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas”* (Tamayo, 2018), es de incontrovertible fundamento, y se muestra como el cimiento necesario para edificar la teoría en cuestión.

Por la naturaleza de las obligaciones contractuales atípicas que adquiere la sociedad, en principio, su incumplimiento radicaría en la no obtención de la contraparte contractual bien del usuario o bien del transportista. Sin que haya un criterio legal para ello, no parece atrevido sostener que en este caso dichas obligaciones son de resultado dado que *“la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella[s]”* (Ospina Fernández, 2019). No tendría sentido contratar con una sociedad intermediaria, que cuenta con una amplia base de datos, si las obligaciones de esta se redujeran a poner todo su empeño mas no a comprometerse con la consecución del fin querido, que, en todo caso, es encontrar a la contraparte para celebrar el contrato de transporte terrestre de personas. Sin embargo, su ámbito de responsabilidad no se reduce al incumplimiento—puro y simple, moroso y/o defectuoso—de la obligación contraída.

Como se dejó entrever en la introducción de este texto, gran causa de las circunstancias que motivan a los usuarios a usar las plataformas tecnológicas que proveen las sociedades para contratar el servicio de transporte, es la evitación de los problemas de asimetría en la información (sobre todo la inseguridad y el desconocimiento de las aptitudes de manejo) que se presentan en la prestación del mismo servicio a través de los taxis (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015). Esto, como se sabe, no tiene otra traducción distinta al lenguaje jurídico que la obligación que ha contraído la sociedad, por medio de su plataforma, de velar por el cuidado de la integridad (física, moral e incluso patrimonial) de usuarios y transportistas, aun sin su expresa consagración en el texto contractual.

Lo anterior se explica porque el mismo Código Civil en su artículo 1502, al hablar de los requisitos que se exigen para que una persona pueda obligarse a otra, da a entender que basta con la producción del acto que en sí mismo constituye el objeto de la obligación para considerar a su autor como obligado a esa prestación. Bien lo expresaron Ospina Fernández y Ospina Acosta, pues sostienen que

(...) este requisito de la suficiente claridad de la manifestación de la voluntad en los actos jurídicos no se opone a la libertad que, por regla general, hoy se le reconoce a los agentes para elegir, a su arbitrio, la forma de realizarla. Así, estos pueden servirse, según su mejor conveniencia, de la expresión oral o escrita, o pueden emplear signos o realizar hechos que, de acuerdo con la ley con los usos comunes, traduzcan inequívocamente la voluntad de actuar. (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2019)

Los hechos a los que la ley y los juristas se refieren, en cuanto a estas sociedades, se pueden ver traducidos, como ya se dijo, no sólo en el seguimiento del comportamiento de usuarios y transportistas, sino también en las sanciones que ellas imponen a quienes consideren que han infringido sus normas de correcta conducta. Adicionalmente, en los portales web de las mencionadas sociedades también se encuentra toda la información y las acciones que han tomado para

prevenir y actuar en pro de la protección y la seguridad del usuario que haga uso de la plataforma²¹.

Es igualmente relevante que no han sido pocas las ocasiones en que las sociedades han establecido estrategias publicitarias y de mercadeo aludidas a su compromiso con la seguridad del usuario²², y las cuales, en virtud del artículo 29 del Estatuto del Consumidor, además de ser vinculantes para el anunciante, “*harán parte integral del contrato que posteriormente se perfeccione*” (Echeverri & Ospina, 2015) en las condiciones que en ellas se haya estipulado.

De lo anterior se deduce el compromiso que la sociedad ha adquirido de garantizar el cuidado y la seguridad de los usuarios y los transportistas—comprometiéndose a su vez con dicho resultado—, que va desde la solicitud de obtención de la contraparte en el contrato subyacente de transporte hasta finalizar el mismo, lo cual sólo ocurre cuando el transporte se ha ejecutado cabalmente debido a la obligación de seguridad en mención; que no puede confundirse ni con las obligaciones subyacentes y accesorias de seguridad de construcción jurisprudencial y doctrinal, ni con la obligación accesoria y subyacente de seguridad que tiene el transportista consagrada por el legislador en el artículo 982 del Código de Comercio.

La pregunta ahora es: ¿habrá que demostrar una culpa en el actuar de la sociedad, o esta se presume? Independientemente si la responsabilidad proviene de la no obtención de la contraparte en el contrato subyacente o por la producción de daños en ejecución del contrato, en tanto obligaciones de resultado, el deudor incumplido sólo se exonera demostrando una causa extraña.

Así las cosas, la víctima de los daños acaecidos podrá, al tenor del artículo 1546 del Código Civil, ejercer las acciones contractuales correspondientes para

²¹ V. o vid, <https://www.uber.com/co/es/safety/> ; <https://cabify.com/co/seguridad> ; <https://thebeat.co/co/seguridad/pasajero/>

²² V. o vid, https://www.youtube.com/watch?v=mA9HxPC2c34&list=PLq8vjChrnqHjx2nsBRQ6OKsWPIG_uykv

resarcir los mismos, esto es, *“pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”* (Congreso de Colombia, 1887), en los términos de la prescripción de la acción ejecutiva y/u ordinaria según sea el caso.

2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Este último aspecto no solamente es, quizá, el más controversial sino el de mayor relevancia en el tráfico jurídico-económico tanto para las sociedades analizadas a lo largo de este texto como para los terceros que padezcan daños con ocasión del uso de las plataformas tecnológicas, y sobre el cual se puede dedicar una sola monografía para su estudio. Sin embargo, las pretensiones de este texto no abarcarán más allá de lo justo para cumplir con sus propósitos y limitaciones. De ahí que en este apartado se prescindirá de discusiones de gran envergadura jurídica, sin dejar de reconocer su trascendencia para, entre muchas cosas, servir de vía para llegar a las conclusiones que finalmente se expondrán.

Tradicionalmente, se ha discutido mucho acerca del esquema aplicable a las persona jurídicas en materia de responsabilidad extracontractual y sobre todo el papel que juegan los órganos subordinados y/o sus dependientes al momento de establecerlo.

No obstante, desde hace más de medio siglo se ha optado por preferir en el sistema colombiano el régimen de responsabilidad directa o por el hecho propio²³ consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, aplicable a los actos mercantiles por la remisión del artículo 822 del Código de Comercio.

²³ Recuérdese que no fue sino hasta la sentencia del 30 de junio de 1962 de la H. Corte Suprema de Justicia (Mp. José J. Gómez) que no hubo consistencia en la jurisprudencia, pues en unos casos aplicaba la responsabilidad por el hecho propio y en otros la responsabilidad por el hecho ajeno, de acuerdo o no a la aceptación en el momento histórico de la teoría organicista de las personas jurídicas

Si bien es cierto que a este se le aplican igualmente *“los conceptos de subordinación y dependencia”* (Tamayo, 2018), originarios de la responsabilidad por el hecho ajeno, y aunque *“no es necesaria la relación laboral para que se dé la subordinación o dependencia, de todas formas consideramos indispensable una relación contractual o legal que obligue al dependiente a recibir órdenes y al civilmente responsable a vigilar los actos de dicho dependiente”* (Tamayo, 2018).

Sobre ello, la Corte resolvió en una sentencia del 15 de marzo de 1996, que:

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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1996)

En este último orden de ideas, aparentemente, por los daños que produzca el transportista a terceros respondería la sociedad, en tanto para que aquel pudiera desplegar su actividad dependía de la intermediación de esta para obtener su contraparte contractual.

Empero, la misma no es suficiente habida cuenta de que, para predicar la dependencia o subordinación, es *“indispensable una relación contractual o legal que obliga al dependiente a recibir órdenes y el civilmente responsable a vigilar los actos de dicho dependiente”* (Tamayo, 2018); y como ni la sociedad las puede emanar, ni el transportista debe jurídicamente acatarlas, este esquema de responsabilidad se cae por su propio peso.

Con todo, a criterio del Dr. Tamayo Jaramillo, la legislación civil sí dispone de un esquema responsabilizador en aquellos casos donde las personas no son jurídicamente dependientes de la persona jurídica pero se encuentra bajo su cuidado. Dice el citado autor:

En efecto, muchas personas jurídicas, en la práctica, están obligadas a través de sus órganos de dirección o de sus agentes de ejecución a vigilar a otras personas que no realizan función alguna a nombre de la persona jurídica, pero que por una disposición legal o contractual están sometidas a la vigilancia de funcionarios de la persona jurídica. Creemos que en tales circunstancias también se aplica la presunción de culpa de la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2347 y no la responsabilidad directa de que venimos hablando (Tamayo, 2018)

Con base en lo anterior, y según la obligación contractual de seguridad que ha adquirido la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica—referida en el subcapítulo anterior—, se puede sostener que ella es civilmente responsable por los daños causados por el transportista, siempre que se produzcan en uso de la plataforma tecnológica.

En conclusión, cuando el daño es causado por una persona que está el cuidado del ente moral y esa persona no despliega las funciones propias de la persona jurídica, a esta se le aplica la responsabilidad indirecta del artículo 2347 del Código Civil y no la directa de que venimos hablando (Tamayo, 2018)

Con esta solución, entonces, a la sociedad le es aplicable el esquema de responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno con todas sus notas características, como lo son:

- (1) La presunción de la culpa de la sociedad (civilmente responsable) en tanto, al contraer su obligación contractual de seguridad para con usuarios y transportistas, es responsable de los daños que estas causen cuando estuvieren bajo su cuidado, lo cual, en lógica jurídica debe ser probado por la víctima (Tamayo, 2018);
- (2) La posibilidad que tiene la sociedad para liberarse de responsabilidad demostrando que al momento del daño: (i) o bien el transportista (directamente responsable) no estaba bajo su cuidado (p. ej. se había desconectado del uso de la plataforma tecnológica) o que a pesar de estarlo el transportista actuó en forma ilícita, (ii) o bien que la sociedad *“había ejercido una buena vigilancia y*

que, pese a ello, no pudo impedir el comportamiento dañoso del directamente responsable” (Tamayo, 2018), (iii) o bien se produjo una causa extraña;

- (3) La carga que tiene la víctima de probar la culpa del directamente responsable, quien ejerce una actividad peligrosa notoria como lo es la conducción de un vehículo automotor, ya que la misma ni le pertenece ni tiene su guarda la sociedad civilmente responsable, en tanto no es ni *“quien tiene el poder intelectual de dirección y control”* (Tamayo, 2018) ni muchísimo menos quien tiene el uso de la cosa de la cual se desprende la actividad peligrosa. Así las cosas, en la práctica, la víctima sólo deberá *“probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del [transportista] demandado”* (Tamayo, 2018), pues con ello se presume su culpa *“que sólo se desvirtúa probando una causa extraña”* (Tamayo, 2018).
- (4) La prescripción de la acción de la víctima es de tres años;
- (5) La solidaridad entre el civilmente responsable y el directamente responsable, cuando éste ha causado el daño culposamente, permite a la víctima: o reclamarle a cualquiera de ellos la totalidad en la indemnización de los perjuicios causados, o reclamarlos a prorrata de su culpa en un mismo proceso o en procesos separados.

Por otro lado, la responsabilidad ex constitutione de que trata el artículo 78 de la Constitución Política de 1991, explicada al detalle por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-1141/00, es asimismo argumento suficiente como para justificar la imposición de la sanción de indemnizar a la víctima extracontractual a cargo de la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica, pero, se reitera, debido a las pretensiones y limitaciones de este texto, tal argumento deberá ser desarrollado en una oportunidad ulterior a la de que aquí se trata.

CONCLUSIONES

Según el análisis expuesto, queda claro que las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas han irrumpido en el mercado nacional proveyendo alternativas innovadoras, a través de la intermediación atípica, tanto para los transportistas que desean desplegar su actividad a un nivel de mayor envergadura, como para los consumidores finales que deseen satisfacer su necesidad de transportarse de un lugar a otro.

No obstante, tales plataformas no dejan de ser problemáticas en muchos ámbitos para el ordenamiento jurídico colombiano. Puntualmente, en lo que concierne al derecho de daños, es una realidad que con su uso se amplía inexorablemente la posibilidad de ocasionar daños a otros en el territorio nacional, los cuales, independientemente de si son de aquellos cuyo menoscabo es patrimonial o si son de aquellos que no, deben ser indemnizados por su responsable a través de la imposición de una sanción que se revista con la forma propia de las obligaciones jurídicas, aun cuando los mismos se causen por fenómenos jurídicos aparentemente desconocidos para el derecho patrio.

Para este fin, el derecho de la responsabilidad civil se muestra como el más idóneo, no sólo por ser la rama del ordenamiento que se ocupa de la corrección de las situaciones injustas que han provocado pérdidas a terceros, sino, sobre todo, porque la flexibilidad que comportan en sí mismas las reglas de las que se compone, le permite adaptarse eficientemente a las nuevas exigencias del medio social.

En materia contractual, la atipicidad del negocio jurídico celebrado con la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica no es un obstáculo para que el esquema indemnizatorio opere ante la ocurrencia de daños producidos durante la ejecución del contrato.

Las estipulaciones contractuales son auténticas reglas de derecho, y por tanto su contenido íntegramente considerado obliga a las partes, incluso cuando su

consentimiento se ha hecho tácitamente con actos que inequívocamente den a entender ello.

De ahí que el incumplimiento de las obligaciones, como la obligación contractual de seguridad que ha adquirido la sociedad para garantizar el cuidado y la seguridad de los usuarios y los transportistas, es razón jurídica suficiente como para justificar la activación del régimen de responsabilidad.

Asimismo, el aspecto de la responsabilidad extracontractual de la sociedad proveedora de la plataforma tecnológica no se queda inerte ante su novedad. Peculiarmente, son las hipótesis normativas de antigua data, como el régimen de responsabilidad no contractual de las personas jurídicas por un hecho ajeno, las que mejor se adaptan para resolver el embrollo jurídico que implica para las víctimas ajenas a la relación contractual esta nueva realidad.

Planteadas así las cosas, se puede afirmar que tales regímenes de responsabilidad civil, además de ser verdaderamente aplicables a la situación de hecho concreta, son los que mejor se adaptan cuando se presentan los nuevos fenómenos dañinos con ocasión del uso de las plataformas tecnológicas que sirven de medio al transporte terrestre de personas en Colombia

REFERENCIAS

- Alfonso Sánchez, R. (2016). Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* [en línea], 230-258. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17449696008>
- Arrubla, J. (2012). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil* (Decimotercera ed.). Bogotá D.C: Editorial Legis.
- Arrubla, J. (2015). *Contratos mercantiles. Contratos atípicos* (Octava ed.). Bogotá D.C: Editorial Legis.
- Arrubla, J. (2015). *Contratos mercantiles. Contratos típicos* (Decimocuarta ed.). Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C: Gaceta Constitucional No. 116.
- Congreso de Colombia. (1887). *Código Civil*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 7019.
- Congreso de Colombia. (1996). *Ley 336 de 1996*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 42.948.
- Congreso de Colombia. (2011). *Ley 1480 de 2011*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 48.220.
- Congreso de Colombia. (2019). *Proyecto de Ley 290 de 2019*. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1141/00*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (1938). *Sentencia SC del 14 de marzo de 1938*. Bogotá D.C: GJ XLVI.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (1962). *Sentencia SC del 30 de junio de 1962*. Bogotá D.C.: GJ XCIX.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1995). *Sentencia SC 022 del 22 de febero de 1995*. Bogotá D.C.: GJ CCXXXIV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1996). *Expediente 4637, proceso ordinario de Rosalba Gómez Blanco contra Transporte Bolívar S.A.* Bogotá D.C.: EXP. 4637.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2011). *Sentencia 2000-00899-01*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). *Sentencia SC 11815 del 6 de spetiembre de 2016*. Bogotá D.C.: GJ 2016-09.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). *Sentencia SC 12994 del 15 de septiembre de 2016*. Bogotá D.C.: GJ 2016-09.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). *Sentencia SC 5885 del 6 de mayo de 2016*. Bogotá D.C.: GJ 2016-05.
- Duque, A. F., & Montoya, S. (2009). *Relaciones entre la cosa juzgada penal condenatoria y la sentencia civil (tesis de pregrado)*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivaraiana.
- Echeverri, V. M., & Ospina, J. E. (2015). La regulación de la publicidad en el nuevo estatuto del consumidor. Implicaciones desde la teoría del contrato. *Opinión Jurídica*, 14(28), 135-158. Obtenido de Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v14n28/v14n28a08.pdf>
- Galvis, F. (2018). *Aplicaciones móviles para el transporte: ¿un responsable más en los accidentes de tránsito? (tesis de maestría)*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Obtenido de Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/3576>

- García Amado, J. (2018). *El daño en la responsabilidad civil. En D. M. Papayannis. y E. Pereira, Filosofía del Derecho Privado*. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales.
- Giraldo, M. I., & Posada, D. (2018). *Aplicación y adaptación del régimen de la Responsabilidad Civil en el modelo de las economías colaborativas en Colombia (tesis de pregrado)*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Kelsen, H. (2016). *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá D.C: Libros Hidalgo.
- Ministerio de Transporte de Colombia. (2016). *Resolución 2163 de 2016*. Bogotá D.C.: Diario oficial No. 49907 del 17 de junio de 2016.
- Moreno, L. F. (2018). Los servicio públicos y su permanencia como institución jurídica en Colombia. En K. Navarro, & L. F. Moreno, *Teoría de los Servicios Públicos. Lecturas seleccionadas* (págs. 249-281). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Fernández, G. (2019). *Régimen General de las Obligaciones* (Octava ed.). Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2019). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (Séptima ed.). Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Portafolio. (06 de junio de 2019). *Portafolio*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/negocios/apps-de-transporte-urbano-ya-estan-en-15-ciudades-del-pais-530355>
- Presidencia de Colombia. (1971). *Código de Comercio*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 33.339.
- ProBogotá Región. (2017). *Nuevas tecnologías en innovación en el transporte público individual*. Bogotá D.C.

Pulzo. (20 de febrero de 2020). *Pulzo*. Obtenido de <https://www.pulzo.com/nacion/hugo-ospina-anuncia-paro-nacional-por-regreso-uber-PP849217>

Superintendencia de Industria y Comercio. (26 de noviembre de 2015). Concepto 15-280358-1-0.

Tamayo, J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

Tamayo, J. (2018). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Segunda ed.). Bogotá D.C: Editorial Legis.

Vallejo, F. (1990). *Contrato de transporte. Comentarios al nuevo Estatuto Comercial de Transporte*. Bogotá D.C: Editorial Temis.

Vargas, A. (2018). *El valor de no dañar: de la responsabilidad a la prevención*. En D. M. Papayannis. y E. Pereira, *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales.

Vélez, H. (2016). ¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de “hecho ilícito– causalidad – daño” se presentan en el Derecho Privado? *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(125), 411-441.