

**DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, POLITICAS
Y ECONOMICAS**

VARIACIONES EN TORNO A LA OBLIGACION DE SEGURIDAD

por ALVARO PEREZ VIVES

La jurisprudencia moderna que ha venido considerando en determinados contratos incita la obligación de velar por la seguridad de la persona de uno de los contratantes, bien sea porque el otro se haya obligado a que ningún accidente le sobrevenga —y entonces existe una obligación específica de seguridad—, bien sea porque se haya comprometido a impedir el accidente mediante la obligación general de prudencia y diligencia.

No obstante, numerosos son los contratos en los cuales la aplicación del principio en referencia ha suscitado ingentes dificultades: el contrato de trabajo, el de transporte gratuito, el de transporte aéreo, el de hospedaje, el médico, el hospitalario y el de venta, para no citar sino los más interesantes.

1º *El contrato de trabajo.*—Se ha indagado si el contrato de trabajo conlleva la obligación de seguridad. La doctrina se presenta en extremo divergente sobre el particular. Basta revisar las páginas de un Gérard (1) o de unos Mazeaud (2), para comprender cuán profundamente divididos se hallan los autores.

La jurisprudencia, en cambio, aplica las reglas de la responsabilidad extracontractual, en cuanto no se encuentre el caso comprendido por las disposiciones sobre accidentes de trabajo.

Los hermanos Mazeaud consideran acertada esa jurisprudencia que se niega a desprender del contrato de trabajo una obligación de seguridad a cargo del patrono; cree que éste puede llegar a ser responsable por aplicación de los principios que go-

(1) *Le louage des services es la responsabilité des patrons*, en Revue Critique, 1888, página 426.

(2) *Traité de la responsabilité civile, delictuel et contractuel*, números 156 y ss.

biernan la responsabilidad civil extracontractual, tesis que reforzán con la cita de Saleilles (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, páginas 12 y ss.) y de otros autores. En cambio, Labbé, Gérard, Lalou, Huc y otros, son partidarios de la responsabilidad contractual.

El problema, en nuestro derecho, presenta extraordinario interés y merece ser estudiado con detenimiento. Empero, no siendo ésta una obra exclusivamente dedicada a la materia, nos limitamos a consignar algunas observaciones globales, que bien pueden servir de derrotero a los estudiosos para un trabajo de mayor envergadura.

En vigencia de la Ley 57 de 1915, la jurisprudencia aceptó que, de conformidad con esta ley sobre accidentes de trabajo y las que regularon posteriormente el seguro social, cabía, además de la responsabilidad especial que generaba el accidente de trabajo y que tenía por consecuencia el deber de indemnizar al tenor de las citadas disposiciones, la responsabilidad civil extracontractual cuando el accidente se debió a culpa del patrono. Divergía sí la jurisprudencia, en especial la del Tribunal de Cundinamarca y de la Sala de Negocios Generales de la Corte, con la de la Sala de Casación Civil de la misma, sobre si en tales casos debía exigirse al trabajador o a sus causahabientes la prueba de la culpa del patrono o ésta, cuando se tratara de actividades peligrosas, debía presumirse, de acuerdo con la interpretación que la misma Corte había hecho del artículo 2.356 del C. C.

La Ley 6^a de 1945, modificando en esto el Decreto-Ley 2.350 de 1944, pareció inclinarse hacia la primera de dichas tesis, al decir que cuando el accidente se debiera a culpa comprobada del patrono, se descontaría de la indemnización ordinaria por perjuicios lo que el trabajador o sus causahabientes hubieran recibido por concepto del accidente de trabajo, considerado como tal. Lo cual se interpretó, por argumento *a contrario*, que si la víctima o sus causahabientes no hubieren demostrado la culpa del patrono en el accidente, no habría lugar a la indemnización ordinaria, debiendo la víctima o sus parientes contentarse con la indemnización por el simple accidente. Finalmente, una iniciativa legislativa, que nosotros defendimos y salvamos de un seguro naufragio en la cámara, durante las sesiones de 1946, adscribió a la Justicia del Trabajo el conocimiento de los litigios sobre indemnización plena, en caso de accidentes de trabajo, anteriormente atribuído a la justicia ordinaria.

Sin detenernos en el análisis de las situaciones anteriormente enunciadas y de la jurisprudencia del Supremo, que es materia del estudio del acto ilícito, creemos que el problema en discriminación puede reducirse a esto: ¿se halla el patrono cobijado, en el contrato de trabajo, por la obligación de seguridad de la persona del trabajador? En caso negativo, ¿cabe aplicar las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del C. C.? Y de aceptar esta última tesis, ¿puede eximirse al trabajador o a sus causahabientes de probar la culpa, cuando el accidente se haya causado por una actividad peligrosa? Si se acepta la responsabilidad contractual, el accidente, que demuestra la violación por parte del patrono de la obligación de seguridad, echa sobre éste la carga de la prueba. Si se acepta la responsabilidad extracontractual, habría que decidir si rige para los accidentes de trabajo la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 2.356 del C. C., cuando el accidente se debió a una actividad peligrosa, en el sentido de que en tales casos se desplaza la carga de la prueba, que de la víctima o sus causahabientes pasa al patrono.

En nuestro concepto, ni siquiera en vigencia de la Ley 57 de 1915 podía sostenerse la existencia de una obligación de seguridad, cuya violación acarreaba para el patrono el deber de una indemnización limitada. Además, la reforma efectuada por la Ley 6ª de 1945 definió la situación. La diferencia entre el estatuto del año 15 y la Ley 6ª, estriba en que aquél consagraba el sistema de la culpa, mientras que ésta acoge la teoría del riesgo creado. El efecto es que al patrono hoy no se le admite prueba exculpativa alguna, distinta de que el accidente se debió a dolo del propio trabajador. Así, pues, ocurrido el accidente, el patrono debe la indemnización propia de dicho accidente como una consecuencia del riesgo; éste fue creado por el patrono para su lucro, luego debe reparar el daño causado por la cosa o actividad peligrosa al trabajador. Y aquí ya no se podría seguir discutiendo sobre si existe o no una obligación de seguridad a cargo del patrono.

Empero, comoquiera que la indemnización decretada por las leyes vigentes, en caso de accidente de trabajo, es en extremo limitada, sería una grave injusticia no dar acceso al trabajador a la plena reparación, no ya con base en el riesgo, cuyo efecto fue indemnizado, sino en la teoría de la culpa, tal y como tendría derecho cualquiera persona a la cual otro hubiera causado un daño. De allí que la Ley 6ª de 1945 prevea esa posibilidad, al preceptuar que de la indemnización que se decrete para proveer

a la plena reparación del daño, se descuento lo que el patrono había pagado ya por concepto del accidente de trabajo como tal. Lo cual está indicando que ninguna de esas dos indemnizaciones es de origen contractual, ya que no podría ordenarse tal descuento si la primera se generara en la teoría de la obligación de seguridad o en el incumplimiento de cláusula alguna contractual, ya que la personería sustantiva podría ser distinta en uno y otro caso; por ejemplo, el seguro de vida lo recibe el beneficiario de la respectiva póliza o, en su defecto, los herederos del trabajador; la indemnización, con base en la responsabilidad extracontractual, sólo podrían reclamarla las personas que sufrieron el perjuicio, porque en forma alguna dependían del trabajador, o quienes demuestren un daño moral, daño que no sería concebible en caso de responsabilidad contractual.

Ahora bien: ni la reparación ordenada por la Ley 6^a de 1945 es compatible con esa responsabilidad contractual, ni —de serlo— sería posible obtener la plena reparación del daño, puesto que se haría necesario un cúmulo de acciones, la que nace del contrato y la que se genera en el acto ilícito, absolutamente inaceptable.

Admitida la tesis que hemos expuesto —y aunque se admita la contraria— la conclusión es clara e innegable: si la plena reparación se rige por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual (artículos 2.341 y ss. del C. C.), ¿qué razón existe para negar al trabajador un beneficio que la jurisprudencia ha concedido, al interpretar esos mismos preceptos, a todo aquel que sufra un daño proveniente de acto ilícito? ¿Por qué si nosotros sufrimos un accidente automoviliario, la carga de la prueba pesa sobre el autor del siniestro (interpretación del artículo 2.356, cuando la actividad que causó el daño es peligrosa), y, en cambio, si se trata del trabajador —al cual hacemos aplicables esas mismas reglas— echamos sobre él la carga de la prueba y le exigimos que demuestre la culpa del patrono? Estos interrogantes son propios del estudio del acto ilícito. Aquí nos limitamos a decir que debe favorecerse al trabajador o a sus causahabientes, con la presunción que consagra el artículo 2.356, ya que ese precepto forma parte de las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del C. C., que se dicen aplicables al accidente de trabajo, para obtener la plena reparación del daño.

2º *El contrato de transporte gratuito y del transporte aéreo.* Indudablemente, el hecho de que una persona se oblige gratuitamente para con otra, ni es impedimento para que esa obligación

sea de origen convencional, ni es razón para descartar la responsabilidad contractual que del incumplimiento de tal obligación se desprende. Prueba de esto es que pueden existir contratos de beneficencia o a título gratuito.

Pero en el contrato de transporte el servicio gratis tiene por efecto la no existencia de dicho contrato, que exige un precio o flete como contrapartida de las obligaciones del transportador; en otros términos, ese contrato debe ser oneroso y tener un precio en dinero que se obliga a pagar la persona que utiliza los servicios del transportador (Mazeaud, O. C. éd. fr. números 110 y ss. Josserand, *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles*, Dalloz Hebdomanaire, 1922, pág. 22).

Por lo tanto, es preciso examinar varias situaciones: a) Puede existir un contrato innominado a título oneroso. b) El contrato innominado es a título gratuito. c) El contrato innominado es un accesorio de otro contrato.

Supongamos que una persona se obliga a transportar a otra que, a su vez, acepta el transporte con la obligación de prestarle a aquélla un servicio cualquiera (enseñarle el camino, examinarle unos animales, cortarle una madera, transportarle a la señora en otro vehículo, etc.). Aquí, sin duda, existe un contrato innominado y hay una responsabilidad contractual (Mazeaud, O. C. número 110). b) Hay que distinguir dos situaciones: 1^a El transportador no ha entendido contraer obligación alguna, puesto que ha ofrecido sus servicios gratuitamente; queda liberado de todo compromiso, aun de realizar efectivamente el transporte. No hay responsabilidad contractual; estamos —en caso de un accidente— en el terreno de la responsabilidad extracontractual. Ejemplo: Una persona pide a un amigo que lo lleve graciosamente en su automóvil o acepta el puesto que se le ofrece benévolamente; un accidente se produce. No hay responsabilidad contractual. El transportador que hace un servicio de amistad o de complacencia no entiende contraer ninguna obligación, en la misma forma que el transportado no piensa exigirle ninguna (1). 2^a El transportador se ha obligado efectivamente a transportar a determinada persona gratuitamente, bien por sí misma, bien en consideración a otro contrato de transporte a título oneroso. Tal sería el caso de una empresa de ferrocarril que expide un pase de favor a una persona o que permite a los hijos menores de un viajero accompa-

(1) Mazeaud, O. C. número 113.

ñarlo gratuitamente. En este último evento no hay contrato gratuito, propiamente hablando; el transporte es un accesorio del contrato a título oneroso pasado entre la compañía y el padre; el precio del servicio prestado a los menores queda incluído en el que pagó aquél (Mazeaud, O. C. número 112). Y aun podría llegar a hablar de estipulación por otro (números 136 y 137). En cuanto al primero de los casos mencionados, compañía de transportes que otorga graciosamente a una persona un permiso o pase de circulación, rige la obligación de seguridad, de la cual no ha entendido desprenderse dicha empresa (Mazeaud, O. C. número 114). c) Hay que distinguir dos situaciones: 1^a el transporte es un accesorio de un contrato a título oneroso, v. gr., el médico que va a una finca a examinar un paciente y acepta la oferta de transportarlo que le hace el pariente del enfermo que contrató sus servicios remuneradamente. Hay responsabilidad contractual. 2^a El transporte es un accesorio de un contrato a título gratuito. Cuando un contrato de tal naturaleza ha sido celebrado (v. gr. un médico que ofrece sus servicios benévolamente a un amigo y éste lo lleva en su coche), hay que ver si el médico se obligó verdaderamente. En caso afirmativo, el transporte sería el accesorio de un contrato a título gratuito. Luego la responsabilidad sería contractual. No se ha obligado al ofrecer sus servicios; entonces el transporte, siendo el accesorio de una relación extracontractual, no podría generar una responsabilidad convencional. En caso de accidente, cabría la responsabilidad por culpa aquiliana (Ver Mazeaud, O. C. pgs. 138 a 145).

En los casos en que exista responsabilidad contractual, hay que ver a qué se obligó el transportador: existe una obligación específica que fue violada, v. gr., la de seguridad, hay responsabilidad; existe una responsabilidad genérica de prudencia y diligencia, hay que analizar si, de conformidad con las reglas que gobiernan la materia, el transportador incurrió en culpa contractual.

La obligación de seguridad en el contrato de transporte se desprende de lo dispuesto en los artículos 2.072 y 2.073 del C. C. y 258, 306, 318 y 322, número 4º del C. de Co. Consiste tal obligación en el deber que tiene el transportador de velar por la seguridad del viajero y llevarlo sano y salvo a su destino, en el tiempo y por el precio y ruta estipulados. Cuando un accidente sobreviene y de él se desprende un daño a la persona del transportado, el transportador está en la obligación de indemnizar el perjuicio

causado, a menos que pruebe el caso fortuito, que éste no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente (Mazeaud, O. C. números 152 y ss.). Pero en nuestro concepto, cuando se trate de un contrato estrictamente civil, basta con la prueba de la fuerza mayor.

La obligación de seguridad, en concepto de los autores, puede subdividirse en dos: a) El deudor se obliga a que ningún accidente le sobrevenga al acreedor por causa del contrato. b) El deudor se obliga simplemente a llevar sana y salva a la persona del transportado al lugar de su destino. La primera es, sin duda, más gravosa que la segunda.

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse: *¿Rige la obligación de seguridad en el contrato de transporte aéreo?* Sí, en nuestro concepto, no en el de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1). En la sentencia de fecha 15 de mayo de 1946, la primera que dicta sobre el particular, dicha sala sienta las tesis que resumimos a continuación: 1º La inejecución de obligaciones puramente contractuales no genera responsabilidad delictual. 2º La responsabilidad del transportador de personas, en caso de accidente, es contractual. 3º La responsabilidad del transportador aéreo es contractual, pero no se rige por las mismas normas que la responsabilidad del transportador terrestre. 4º No existe a cargo del transportador aéreo la obligación de seguridad que pesa sobre el transportador terrestre. 5º No hay legislación especial aplicable al transportador aéreo. 6º Por analogía deben aplicarse las disposiciones del Decreto 66 de 1934, de la Ley 89 de 1938 y del derecho marítimo. 7º El riesgo en el contrato de transporte aéreo lo asume el pasajero. 8º El empresario particular de conducciones debe probar de modo más estricto que el empresario público de transportes, ya que aquél debe probar el caso fortuito y los demás elementos del artículo 306 del C. de Co., mientras que al empresario público le es admisible la prueba de la ausencia de culpa (artículo 322, número 4º del mismo código). 9º El Código Civil también admite la prueba en contrario. 10. La prueba de la ausencia de culpa en el accidente aéreo, originado de un riesgo del aire, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por inejecución del respectivo contrato de transporte.

(1) La Sala de Negocios Generales está de acuerdo con nosotros. Ver Sentencia del 26 de julio de 1945, t. 59, pgs. 575 y ss.

Analicemos esos diversos argumentos, para demostrar que la Corte incurrió en graves errores e injusticias al dictar su mencionado fallo:

Es cierto que la responsabilidad del transportador aéreo es contractual. El daño sobreviene al pasajero en desarrollo de un contrato de transportes e implica la violación de la obligación convencional que tiene el transportador —sea aéreo, terrestre o marítimo— de llevar sano y salvo a su destino al pasajero. También es verdad que no existe en Colombia, como en otros países, una legislación especial que regule la responsabilidad del transportador aéreo por los accidentes que ocurran a los pasajeros de una aeronave. Tal legislación se hace cada día más necesaria, y por lo tanto censuramos la negligencia del congreso, al cual se le han presentado en la legislatura 1945-46 dos proyectos sobre la materia, uno de ellos iniciativa nuesta, sin que fuera posible obtener que se les diera curso. Pero lo dicho no autoriza las conclusiones a que llegó la Corte: si la responsabilidad del transportador es contractual, es precisamente porque hubo incumplimiento de una obligación derivada del contrato y por tal causa se occasionó el daño. Ahora bien: ¿cuál fue esa obligación incumplida? Pues, sencillamente, la de seguridad de la persona del transportado. Hé ahí una primera conclusión indiscutible. Veamos ahora un segundo punto: ¿cómo puede el transportador destruir la imputación de culpa que se le desprende del incumplimiento de esa obligación contractual? ¿Debe probar el caso fortuito o fuerza mayor, o simplemente le basta la demostración de la ausencia de culpa? Para un mejor entendimiento del problema, vamos a transcribir los apartes más interesantes de la Corte: "La aeronavegación, como medio de transporte, constituye una actividad que nació a la vida hace apenas pocos lustros. En los principios de este siglo nadie podía imaginar que llegaría un día en que las naves aéreas surcarían el espacio llevando a todas partes de la tierra carga y pasajeros, superando así ventajosamente al ferrocarril y al automóvil. Cuando las naciones perfeccionaron sus estatutos sobre comercio terrestre y marítimo, incorporando en ellos regulaciones sobre los medios de locomoción rudimentarios entonces existentes, en el siglo pasado, estuvieron lejos de imaginar que en el nuevo siglo surgiría otro sistema de locomoción, tan desconcertante por su maravillosa concepción, que si en aquella época de pronto hubiera cruzado el cielo uno de los modernos transportes aéreos habría sido tomada por una visión fantástica.

Por su índole, naturaleza y medio en que actúa, el avión tiene bastantes diferencias con los transportes terrestres y marítimos. De ahí que gran número de países como Francia, Alemania, los Estados Unidos, México, Brasil, Argentina, Chile, Perú, etc., hayan expedido estatutos especiales reglamentarios de la responsabilidad del transportador aéreo, con tendencia uniforme a limitar a sumas precisas y determinadas el monto de las indemnizaciones, a objeto de que las compañías sepan de antemano de qué daños responden y cuánto deben, eliminándose de esta suerte las enojosas y largas controversias judiciales por razón de accidentes aéreos. En Colombia se echan de menos disposiciones semejantes. Corresponde entonces a la jurisprudencia llenar el vacío, estructurando la doctrina que mejor armonice con nuestro orden jurídico general, sin olvidar la característica especial del transporte aéreo y la necesidad que tiene el país de estimular su incremento y desarrollo. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho... Cuando el texto de la ley no comprende expresamente una cuestión determinada se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en la idea de que siendo las situaciones parecidas es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla y por consiguiente que establecida una de las hipótesis debe ser también aplicada a la semejante. *Eadem est legis dispositio, ubi eadem ratio, idem jus.*

“Las únicas disposiciones concernientes a los transportes aéreos susceptibles de ser tomadas en consideración son el decreto gubernamental número 66 de 12 de enero de 1934 y la Ley 89 de 1938, sobre aeronáutica civil...

“Aun cuando la Ley 89 no podría regir el caso del accidente del avión *Von Krohn*, sin embargo su cita es oportuna en esta anotación de carácter general que se está haciendo de la falta de normas pertinentes sobre responsabilidad del transportador aéreo.

“El artículo 48 del decreto número 66 es una disposición por sí inútil e inoperante en lo atinente a resolver las cuestiones de responsabilidad civil del transportador aéreo en relación con los pasajeros que transporta, comoquiera que sin ella ocurriría lo mismo, es decir, que los jueces, encontrando en las disposiciones sobre transportadores terrestres y fluviales algunas que sean

compatibles con el carácter especial de la aviación, tendrían que aplicarlas por razones de analogía...

“Los tratadistas que se han ocupado de la moderna ciencia del derecho aéreo observan que éste tiene más afinidades con el marítimo que con el derecho comercial terrestre. Por el medio en que se mueve y los riesgos que corre es más adecuada la comparación de un avión con un barco, que con el ferrocarril o el automóvil, que tienen la tierra por base de todos sus movimientos y que cuentan con rutas fijamente preestablecidas...”

A continuación cita la Corte a Marcel Le Geff (*Tratado teórico y práctico de derecho aéreo*), quien se pronuncia en igual sentido, y concluye: “El legislador colombiano se muestra inclinado al mismo criterio, en el único caso en que ha tenido ocasión de expresarse. Y es así como en la Ley 89 de 1938 asimila el comandante de una aeronave al capitán de buque, pues según el artículo 31, ‘El comandante de una aeronave es el jefe superior a bordo de ésta: a él le corresponde la conservación del orden y disciplina a bordo de la misma; teniendo el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos y demás órdenes oficiales, y está investido de las facultades que se otorgan a los capitanes de buques’”.

Refiriéndose al factor riesgo, dice el Supremo: “Para precisar el límite de las obligaciones contractuales de seguridad del transportador aéreo, debe jugar papel preponderante el factor riesgo. Los peligros a que se expone el pasajero que toma asiento en un avión son más variados que los de cualquiera otro medio de transporte, y él los conoce...” De ahí que con razón la Corte de Casación francesa haya dicho en sentencia de 21 de julio de 1930 citada por Le Geff (O. C. número 1.279): “El transporte aéreo no se emplea sino por una clientela advertida y hay de parte del transportado la aceptación de un riesgo que él podría generalmente evitar utilizando las vías terrestres y marítimas... Imponer al transportador la carga de los riesgos del aire sería crear en su contra una responsabilidad legal, transformarle en asegurador obligado de los pasajeros y de las mercancías, y con el pretexto de que los riesgos del aire son más numerosos que los de otro medio de locomoción, imponerle la carga de ellos aunque sean completamente extraños a su actividad personal.” Finalmente, la Corte transcribe un párrafo de M. Ripert, del siguiente tenor: “Es necesario concluir que la obligación de seguridad no existe en todos los contratos de transporte con el mismo carácter.

Los hay en que ella se impone al transportador, porque el accidente es un riesgo de la explotación que debe ser previsto o impedido. Tal es evidentemente el caso del transportador por vía férrea. Hay otros en que puede ser evitada por la convención de las partes, porque la convención no está bastante perfeccionada para que se pueda obligar al transportador a garantizar la seguridad del viajero. Se puede llegar hasta el extremo de decir que hay medios de transporte en los cuales la obligación de seguridad no puede existir. El transporte aéreo es de esta clase, ya que el viajero sabe al emplearlo que se expone al peligro. Se puede aun decir que en este medio de transporte hay una convención tácita de exoneración, asimilable a la convención expresa.”

Como vimos en el resumen de los anteriores argumentos que hicimos antes de transcribir los párrafos más salientes de la doctrina de la Corte, ellos pueden reducirse a tres: 1º Falta de legislación especial sobre responsabilidad del transportador aéreo. 2º Aplicación analógica de otros preceptos que regulan casos similares, y 3º Conclusión de que son las disposiciones del derecho marítimo las que mejor cuadran con la especial naturaleza del transporte aéreo; por lo tanto, no hay a cargo del transportador aéreo la obligación de seguridad de la persona del pasajero y, en caso de accidente, se exonera probando la ausencia de culpa (artículo 353 del Código de Comercio Marítimo).

Al proceder a efectuar el análisis de esos argumentos, debemos —en primer término— elucidar si existe la ausencia de disposiciones sobre responsabilidad del transportador aéreo y qué consecuencias se desprenden de ello.

Es indudable que no existe en Colombia una legislación especial que regule la responsabilidad civil del transportador aéreo. Estamos de acuerdo con la Corte que ni el Decreto 66 de 1934 ni la Ley 89 de 1938 son aplicables al caso, porque se refieren a casos diferentes. En efecto, ninguna semejanza puede hallarse entre el accidente que ocurra en tierra a quien se halle fuera de la aeronave, pero dentro de un aeródromo, con el que suceda a los pasajeros dentro de la aeronave misma o antes de tomarla. El accidente que ocurre al transportado durante el vuelo, no puede compararse con el que acaece al concurrente a un aeródromo, v. gr., a recibir a un amigo o pariente. Son dos casos distintos y, por lo tanto, deben sufrir diferente régimen jurídico. De allí que la Ley 89 de 1938 sólo sea aplicable a las relaciones entre el propietario de un aeródromo y la persona que se halla dentro de

éste, por concepto distinto de un contrato de transporte aéreo. Igualmente esa ley regula la situación del capitán de la aeronave en presencia de la empresa y las obligaciones y deberes de ésta para con aquél y para con el Estado. Nada en ella que se refiera a la responsabilidad de dicha empresa transportadora en caso de accidente al pasajero. Porque si existiera algún precepto sobre el particular, toda duda cesaría inmediatamente.

En el Código Civil hallamos las disposiciones contenidas en los artículos 2.072 y 2.073, que jamás autorizan una interpretación como la que a ellos dio la Corte. En efecto, la responsabilidad del transportador —por la no entrega de la cosa (y por tal debe entenderse no sólo la carga sino también la persona del transportado)— sólo cesa si comprueba fuerza mayor o caso fortuito, no imputable a culpa del transportado (1). Y decimos esto porque en el artículo 2.072 se refiere el código tanto al transporte de personas como al de carga; en relación con el primero, contempla el daño proveniente de mala calidad del carruaje, barca o navío en que se realiza el transporte; y en cuanto al segundo, se refiere a la destrucción o deterioro de la carga. Pero en el siguiente mandato el código contempla un evento más general: que el transportador no entregue *la cosa* en el paraje y tiempo estipulados, y le exige, para liberarse de responsabilidad, que pruebe la fuerza mayor o caso fortuito. En parte alguna hallamos referencia alguna a la ausencia de culpa. Por el contrario, hay que suponer que si algún accidente sobrevino al transportado, fue precisamente porque el transportador incumplió su obligación de emplear carruajes de calidad tal o conductores de habilidad probada, que descartaran la posibilidad de un accidente; éste demuestra el incumplimiento de la obligación del transportador; para liberarse, debe dicho transportador comprobar el elemento extraño. Y ni siquiera la muerte del pasajero o del transportador pone término a las obligaciones de éste, salvo fuerza mayor (artículo 2.077).

El Código de Comercio Terrestre contempla, también, preceptos generales de responsabilidad civil del transportador y, en particular, se refiere a la del transportador por tierra, canales,

(1) El código con frecuencia alude sólo al transporte de carga; no obstante, hay que comprender que se refiere al transporte de personas también, y que sólo un defecto de técnica explica la redacción que tienen sus artículos. Así, v. gr., la Corte se refiere al artículo 353 del Código de Comercio Marítimo, que habla de los "perjuicios causados a la carga", para hacerlo extensivo al transporte de personas. Y en sentencia del 25 de noviembre de 1938 (T. 47, pág. 409) aplica el artículo 2.073 del C. C. al transporte de personas.

lagos y ríos navegables. Pero es fácilmente comprensible que cuando tal código se elaboró, no se hablara aún de navegación aérea, totalmente desconocida como actividad comercial permanente. Lo único cierto es —y aquí discrepamos del Supremo— que la obligación de seguridad impone al transportador —sea público o privado— la prueba de que el accidente se debió a fuerza mayor, en los términos del artículo 306 del dicho código. Esto lo desprendemos del artículo 318 que hace aplicables al transporte ajustado con empresarios públicos “las disposiciones de este título”, es decir, del 5º del libro 2º del aludido código. Y entre tales disposiciones hallamos el artículo 306, de carácter general, mientras que el numeral 4º del artículo 322 sólo contempla un caso especial: el daño ocurrido por mala calidad del carruaje que, como ya dijimos, se presume por el hecho del accidente (1).

Finalmente, hallamos las normas especiales del Código de Comercio Marítimo, que sólo en virtud de expresa disposición de la ley podrían hacerse extensivas a la navegación aérea.

Por lo tanto, no hay normas especiales aplicables al transportador aéreo. ¿Qué debemos hacer ante esa situación? ¿Acudir a la analogía, como lo hace la Corte? ¿O confesarnos la absoluta falta de preceptos positivos y hacer uso de los principios del derecho libre? Veamos el camino más indicado.

¿Puede decirse que la ausencia de normas especiales implique la total carencia de principios que regulen un hecho? Algunas veces sí; otras no. Cuando sucede lo primero, hay que confesarse lisa y llanamente que el legislador no previó el caso, que hay una verdadera *laguna* legislativa. Entonces, si no hay ley que regule la materia, es preciso acudir no a leyes sobre materia semejante (que es lo que constituye la *analogía legis*) sino al libre criterio del intérprete, para hacer aplicación de los principios generales del derecho (*analogía juris*), que es el único camino admisible.

La Corte incurre en el error común a nuestros tratadistas de confundir ambas clases de analogía. La *analogía legis* parte de la base de que, no existiendo ley exactamente aplicable al caso controvertido, es preciso acudir a los casos semejantes contemplados por el legislador. Hé aquí el silogismo que un tal razonamiento implica; puesto que A se parece a B, aunque provengan de causas distintas, por el simple parecido hay que predicar de

(1) En igual sentido: 21 de marzo de 1939, T. 48, pág. 200. 26 de julio de 1945, T. 59, págs. 575 y ss.

B lo que se dice de A. Se admite que la ley que reguló a A no comprendió a B; luego éste es un hecho que responde a una causa diferente de la de A, o de lo contrario no habría problema. Entonces, cabe preguntarse: ¿hay razón de aplicar a B el precepto que regula a A, no obstante que admitimos que A y B son casos diferentes, no comprendidos por la misma norma? ¿Es que la simple semejanza justifica la aplicación de un precepto a un caso no regulado por él? La analogía, como se ve, descarta toda investigación de la causa del fenómeno cuyas reglas se echan de menos; no busca esa causa para ver si es la misma del fenómeno conocido y, por lo tanto, es posible decir de aquél lo que se dice de éste. La analogía se basa únicamente en una pretendida semejanza, después de admitir que hay una diferencia fundamental entre ambos fenómenos y que uno de ellos está regulado por determinada ley y el otro no. Hé aquí cómo se expresa Joaquín Dualde sobre el particular: "La analogía es la más genuina expresión del viejo concepto interpretativo. Mediante ella, un caso que no está en la ley se resuelve considerándolo comprendido en la ley. Lo legalmente imprevisto se afirma que está previsto en un precepto donde no se le proveyó. A esas tesis contradictorias, opongo estas dos tautologías: a) Cuando en la ley no existe un precepto, debe declararse que no existe. b) Cuando en la ley no está prevista la solución de un problema, debe acudirse a otra fuente de derecho que lo resuelva y no a la ley donde no está resuelto."

Ya Stuart Mill había descrito la analogía y demostrado su carencia de base científica, al decir que se reduce a la conclusión siguiente: puesto que se sabe que M es reconocido como efecto verdadero de A, es verosímil que lo sea de B, porque B se parece a A, aunque ninguna conexión se haya establecido entre B y M. E inversamente, si Z produce el efecto M, pero ninguna semejanza existe entre B y Z, no habría razón para suponer que M. tenga relación alguna con B. Stuart Mill da como ejemplo de la analogía el creer que hay habitantes en la Luna o en Marte por las semejanzas de forma con la tierra. No se han estudiado las causas generadoras de la vida orgánica en Marte para comprobarlas al igual que en la Tierra, no. Si tal se hubiera hecho, no habría analogía sino la aplicación del principio de causalidad. Simplemente se piensa que la semejanza de forma entre la Tierra y Marte hace posible que en este último planeta se encuentren seres vivos.

Descartada como inconveniente la *analogía legis*, veamos la *analogía juris*. Cuando el intérprete se convence de que un hecho

no está regulado por la ley, debe —no acudir a normas que no le son aplicables— sino al organismo total del derecho, a todos los principios generales que lo informan y a sus relaciones; en una palabra, el intérprete queda en posición de legislador. De esta manera, comprobada la laguna legislativa, el intérprete acude a aquellos principios que, racionalmente, sean aplicables al caso en análisis, sin reparar en la fisonomía de éste y en su semejanza con aquél. Aunque A y B se parezcan, las reglas de A son de A. Vamos a crear las de B, sin tener en cuenta las de A, salvo en cuanto los principios generales de derecho nos conduzcan a ellas, por caminos distintos de la mera semejanza.

Así, pues, si en verdad existe una total laguna legislativa en relación con el contrato de transporte aéreo, lo racional es que el intérprete cree el régimen jurídico del mencionado contrato, con independencia y libertad. Y entonces precisa ver que no es posible aplicar hoy día a la aviación comercial conceptos escritos hace veinte años, cuando era un tremendo peligro embarcarse en una nave aérea. Por el contrario, el margen de seguridad que ha alcanzado hoy el transporte aéreo es tal, que el número de accidentes, comparado con el que presenta el transporte automoviliario o férreo, es considerablemente menor. Además, cuando se legisló sobre responsabilidad del transportador en el Código de Comercio, el automovilismo y la caldera de vapor eran tan nuevos y peligrosos como la aviación comercial a principios de este siglo. Y precisamente por eso se habló de la obligación de seguridad a cargo del transportador. No hay razón ni motivo para creer que el llamado riesgo del aire lo asume el pasajero. Ni para aseverar que el transportado está en libertad de quedarse en tierra, sin peligros, o tomar el avión, corriendo los riesgos correspondientes. Con una semejante argumentación el derecho, en materia de responsabilidad civil, no habría avanzado un paso en este siglo. Siempre se ha pretendido argüir la ruina de las empresas para impedir el avance socializante del derecho, y siempre ese argumento ha fracasado. Si el pasajero no llega sano y salvo a su destino, el transportador aéreo incumplió su obligación de transportarlo y llevarlo a su meta; ese hecho demuestra la culpa del transportador; en vano se pretendería destruirla afirmando que puso todo su cuidado en que llegara sano y salvo; puesto que no fue así, el accidente es la prueba, hay que concluir que el trans-

portador sólo puede exonerarse demostrando que dicho accidente se debió a causa extraña (1).

Si admitimos, en la segunda de las hipótesis planteadas, que en realidad no se trata de carencia de mandatos legales, sino de imperfección de los existentes, entonces la solución —descartando toda clase de analogía— debe encaminarse por otros senderos.

Frecuentemente se confunde la aplicación extensiva de un precepto con la analogía. Esta presupone una completa laguna legislativa que se trata de colmar mediante el empleo de preceptos que regulan casos semejantes. En cambio, la aplicación extensiva párte de la base de que la expresión legislativa es imperfecta y se presenta más restringida que el contenido de la norma. O en otros términos, la idea es más lata que las palabras empleadas para manifestarla. Ihering trae un célebre ejemplo: en una estación de ferrocarril había un letrero que prohibía a los pasajeros subir al tren con perros. Un domador pretendió abordarlo llevando un oso; al serle indicado el letrero que prohibía viajar con perros, respondió que allí no se vedaba a los pasajeros de llevar osos. Es evidente, concluye Ihering, que lo que tal aviso quería decir era más amplio que lo que expresaba; no había sido puesto allí para impedir a los viajeros subir al tren con perros sino con toda clase de animales; sólo que se escogió el ejemplo más común. El empleado que rechazó al domador con base en la tablilla, no hizo de la orden escrita en ella una aplicación analógica; simplemente extendió su contenido a un caso que debía ser regulado por dicha orden (2).

Examinando con detenimiento el caso que nos ocupa, o sea el de la responsabilidad civil del transportador aéreo, vemos que no se trata propiamente hablando de una absoluta carencia de normas que la regulen. Faltan, sí, reglas especiales, como las hay para el derecho marítimo; pero ello no implica la ausencia de normas generales. Estas las encontramos en el Código de Comercio, puesto que el contrato de transporte aéreo es netamente co-

(1) Obsérvese que la Corte habla de *riesgos del aire*, que no define, y que implican una causa extraña cuya prueba incumbe al transportador.

(2) En el contrato de transporte nuestra legislación presenta numerosos ejemplos de la situación en análisis. En el fallo glosado, la Corte utiliza el artículo 353 del Código de Comercio Marítimo, que sólo se refiere al transporte de carga, para hacerlo extensivo al transporte de pasajeros. Los artículos 290 a 314 del Código de Comercio Terrestre, hablan del acarreo de mercaderías, y el 306, en especial, menciona la “pérdida, avería o retardo”, expresiones propias del transporte de carga. Empero, el Supremo ha entendido que nuestro legislador quiso referirse no sólo al transporte de carga, sino también al de personas. Lo dicho es suficiente para que se acepte la lógica y veracidad de nuestra tesis.

mercial. No importa que el citado código hable de transportes por tierra, lagos, canales y ríos navegables, y omita la navegación aérea; simplemente hubiera podido suprimir la enumeración de los varios sistemas de transportes y referirse en forma genérica al transporte, para decir de él que es un contrato en que uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro pasajeros o mercaderías ajena... (artículo 258). Por lo tanto, no puede aceptarse el argumento de la Corte, cuando pretende que la ausencia de normas especiales implica absoluta falta de preceptos que regulen las responsabilidad del transportador aéreo. Esa posición del Supremo sólo se explica por el deseo, que se hace ostensible en él, de acudir a la analogía legis, aplicando a la navegación aérea las reglas de la navegación marítima, esas sí especiales, cuya vigencia no se justifica para el contrato de transporte aéreo, porque son normas anticuadas. Es preferible que la jurisprudencia, con base en los principios generales que contiene el Código de Comercio, elabore la doctrina de la responsabilidad civil del transportador aéreo, mientras el Congreso dicta una legislación especial al caso (1).

3º *La obligación de seguridad en el contrato de hospedaje.* El hotelero se obliga no solamente a suministrar cuarto, cama y comida al huésped, sino también a algo que es el complemento indispensable de las anteriores obligaciones: a garantizarle la tranquilidad y la seguridad. Por lo tanto, las heridas que infieran al cliente unos malhechores o las que aquél se cause al caer en cuevas o huesos del edificio, cuyo orificio no estuviere suficientemente destacado o anunciado, deben ser indemnizadas por el hotelero, puesto que ha faltado a una obligación contractual (Mazeaud, O. C. 1, número 159).

4º *La obligación de seguridad y el contrato de servicios médicos.*—La responsabilidad de los médicos y de los profesionales constituye un principio general; éstos la comprometen no sólo por causa de una culpa común, sino también por causa de una culpa profesional, que no puede ser cometida sino en el ejercicio de determinada profesión (Ley 67 de 1935, artículo 1º).

En cuanto a la medicina, hay quienes sostienen que la mercantilización de esta profesión, como consecuencia del desarrollo económico de la sociedad contemporánea, ha hecho surgir la responsabilidad de quienes explotan la medicina, no con espíritu de desinterés científico —como acaecía antaño— sino en forma al-

(1) Tal es el concepto de la *Société d'études législatives* (Bulletin, 1921, pág. 326).

tamente lucrativa y comercial (Lacassagne, *Précis de médecine légale*, 1909, pág. 48. Brouerdel, *La responsabilité médicale*, París, 1898, pág. 9. J. Mazen, *La responsabilité civile des medicins*, 1934, pág. 8. Rendu, *La responsabilité civile des medicine et la jurisprudence moderne*, París, 1909, pág. 36).

Empero, también hallamos argumentos en contra de esa responsabilidad, que pueden sintetizarse así: a) No tiene fundamento en el Código Civil. b) Hay contradicción entre esa responsabilidad y el diploma de doctor que se le otorga al médico, diploma que estaría desprovisto de todo valor si, no obstante certificar la ideoneidad del profesional, se pretendiera hacer a éste responsable con motivo del ejercicio de su arte (Daslaire, *La responsabilité des médecins*. París, 1906, pág. 31). c) La admisión del principio de la responsabilidad del profesional redundaría en perjuicio de la responsabilidad y buen nombre del ejercicio de la medicina (1).

Fácil es refutar los aludidos argumentos: a) Aunque no exista ley alguna que la establezca de manera expresa, la responsabilidad de los médicos surge de los principios generales del Derecho y, como habremos de ver, ella es apenas la aplicación de la noción de culpa contractual o, en ciertos casos, de culpa extra-contractual. Así ha sido considerable el problema en países como Francia (J. Mazen, O. C. Pág. 9). En nuestro derecho positivo toda discusión sobra ante la perentoria afirmación del artículo 1º de la Ley 67 de 1935. b) El título no puede exonerar al médico de reparar el daño causado por su culpa; jamás puede interpretarse como un título de irresponsabilidad el certificado de capacidad profesional. Como no podría argüírse la irresponsabilidad del chofer, porque se le haya otorgado un pase o patente de idoneidad para manejar. c) El principio de la responsabilidad, lejos de perjudicar la buena reputación del cuerpo médico, la consolida, precisamente porque al castigar a aquellos que por negligencia han infringido daño a sus pacientes, hace de esa profesión algo más respetable y se refleja en el mayor provecho de los médicos consagrados y cuidadosos, estimulando a los negligentes a ser diligentes (Mazen, O. C. Pág. 10).

Debemos, pues, aceptar el principio de la responsabilidad, pero sin llevarlo a consecuencias absurdas. “La irresponsabilidad absoluta es una exageración; pero la responsabilidad, si se

(1) *La glaive de la justice deviendrait l'épée de Damocles* (Lacassagne, O. C. Pág. 65).

le deja mucha amplitud, sería igualmente absurda y más funesta aún (Briand et Chaud, *Médecine légale*, pág. 70).

En esta forma —y sin llegar como en el Egipto antiguo hasta hacer un código de casos de responsabilidad médica— el derecho moderno ha elaborado principios generales que gobiernan esa responsabilidad y la amoldan a las más estrictas normas de justicia (1).

Sentado lo anterior, dos puntos precisa elucidar: 1º La responsabilidad de los médicos es contractual o delictual? 2º ¿Cuándo comprometen su responsabilidad estos profesionales?

1º La responsabilidad de los médicos se rige por el artículo 1.604 y demás preceptos del C. C. que regulan las obligaciones contractuales, o —por el contrario— se halla comprendida por los artículos 2.341 y ss. de la misma obra?

La jurisprudencia francesa y algunos autores han considerado esa responsabilidad extracontractual (2). La generalidad de los tratadistas la cree contractual (Mazen, O. C. págs. 27 y 32). Nuestra jurisprudencia se inclina hacia la responsabilidad.

Sin embargo, es preciso diferenciar tres eventos: a) El paciente o un pariente o amigo de aquél ha buscado al médico. b) Este le ha sido impuesto por las circunstancias. c) El médico se niega a intervenir.

a) No hay duda de que cuando una persona solicita los servicios de un médico y éste accede a suministrárslos, se forma un vínculo contractual entre el profesional y quien pidió sus servicios. En efecto: ambas partes han tenido voluntad de obligarse: el uno, a prestar sus servicios y el otro, a pagar una remuneración. Hay, pues, un contrato de prestación de servicios profesionales (3). Si el médico incurre en culpa y algún perjuicio se desprende del incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato, la responsabilidad es contractual, puesto que existen todos los extremos de ella: contrato válido, violación de una obligación nacida de él y perjuicio derivado del incumplimiento de esa obligación contractual (Mazeaud, O. C. 1º número 508. J. Mazen, O. C. págs. 32 y ss.).

b) Cuando el médico interviene espontáneamente —por ejemplo, en caso de accidente o de un súbito ataque de enfermedad—

(1) Ya desde el antiguo derecho francés se admitía esa responsabilidad (Domat, *Droit Civil*, L. III, Sect. IV, Nº 5).

(2) Aubry et Rau, IV, pág. 214.

(3) Para algunos es de mandato y para otros de arrendamiento de servicios (Ver: Mazen, O. C., págs. 34 y 35).

no hay responsabilidad contractual. Pero bien puede suceder que los servicios del médico hayan sido pedidos por un transeúnte o suministrados por el gobierno o por un hospital o empresa privada.

Cuando es un transeúnte el que —sin intención de celebrar un contrato con el profesional— comunica a éste la ocurrencia de un accidente y le dice de prestar sus servicios a las víctimas, no surge vínculo alguno contractual entre el médico y el transeúnte o espectador que pidió sus servicios; menos ha nacido entre el profesional y la víctima, a la cual tales servicios le son impuestos por las circunstancias. Aquí estaríamos en presencia de relaciones extracontractuales. “Al intervenir, ¿cuál ha sido la finalidad perseguida por el médico? Prestar un servicio a la víctima, tomando la iniciativa y la dirección de los cuidados que reclama su estado. Ese hecho va, desde luego, a crear entre la víctima y él vínculos de derecho, obligaciones recíprocas. Se trata, pues, de un hecho jurídico que la ley ha calificado como gestión de negocios, inspirándose en la escogencia de esta expresión en que el interviniante ha gerenciado el negocio de otro” (Mazen, O. C. pág. 59). Y la circunstancia de que entre el transeúnte y el médico se haya realizado una estipulación por otro, no varía la situación jurídica entre el profesional y la víctima (Ver Mazen, loc. op. cit.).

Empero, puede llegar un instante en que la situación de las partes se modifique: el enfermo recobrará sus sentidos y se encontrará en capacidad de solicitar del médico la continuación de sus servicios o de aceptar la estipulación que por dicho enfermo hizo un tercero; otras veces será un pariente de la víctima el que intervenga en el caso. Aquí entramos ya en el terreno contractual. Habrá que aplicar a cada uno de los períodos en referencia las reglas propias: al primero, las de la gestión de negocios; al segundo, las del contrato de prestación de servicios médicos.

El militar que es asistido por el médico del regimiento o del hospital gubernamental, no se halla para con el profesional en situación contractual, puesto que dicho militar se despoja en cierto modo de sus derechos individuales en favor de la colectividad; no es preciso su previo consentimiento para suministrárle los cuidados que sean necesarios en su personal interés o en el interés general (Mazen, O. C. pág. 56).

El enfermo que recibe los servicios del médico de un hospital privado, al cual ha acudido en demanda de asistencia, se encuen-

tra en la siguiente situación: él ha celebrado un contrato con el hospital, es cierto; pero no ha escogido su médico; entre éste y el hospital ha sido celebrada una estipulación para otro, que consiste en que dicho profesional está obligado a prestar sus servicios a cualquiera persona que ingrese al hospital con la finalidad de ser atendido. El hospital, en cierto modo, ha descargado la responsabilidad médica sobre el profesional; la aquiescencia—expresa o tácita— del enfermo a la prestación de los servicios del galeno, es la condición legal para que surja el vínculo entre el enfermo y el médico (Mazen, O. C., págs. 67 y 68). Aquí son plenamente aplicables los términos del artículo 1.506 del C. C.

Lo dicho se extiende al trabajador que recibe los servicios del médico o del hospital de la empresa en que trabaja.

Ahora bien: es preciso darse cuenta de que en los ejemplos anteriormente analizados hay un vínculo contractual entre el enfermo y el hospital; otras veces, cuando no exista ese vínculo, habrá acceso a la responsabilidad extracontractual: tal sería el caso del militar atendido en un hospital del ejército.

En resumen: la responsabilidad médica puede ser contractual o extracontractual. Será de la primera clase, cuando entre el enfermo y el médico ha sido celebrado un contrato o cuando ha existido una estipulación para otro, porque es verdaderamente en el cumplimiento de obligaciones contractuales que el médico ha comprometido su responsabilidad. Será de la segunda especie, cuando no exista una convención directa entre el profesional y el paciente (Mazen, O. C. pág. 70).

c) El médico se niega a prestar sus servicios. Algunos autores, imbuidos del superindividualismo, consideran que el profesional que se niega a prestar sus servicios a quien los ha de manester no compromete su responsabilidad (Mazen, O. C. págs. 57 a 76). En Colombia, una tesis semejante sería difícilmente defensable, ante el definitivo mandato contenido en el artículo 1º de la Ley 67 de 1935, que da a las profesiones liberales el carácter de una función social, que implica obligación de servir a aquellos que necesiten de ellas, y que hace responsables a dichos profesionales no sólo por sus hechos o culpas sino también por sus omisiones.

2º ¿Cuándo comprometen su responsabilidad los médicos? Sea que estén ligados por un vínculo contractual, sea que no lo estén, la responsabilidad de los profesionales de la medicina se

compromete de acuerdo con unas mismas reglas generales. La diferencia entre uno y otro caso es importante desde cierto punto de vista, como puede comprobarse en el estudio del acto ilícito; pero en cuanto a las normas que gobiernan su responsabilidad, ninguna diferencia podríamos hacer entre la culpa contractual y la extracontractual (Mazen, O. C. pág. 70).

Los hermanos Mazeaud sostienen que “jurisprudencia y doctrina concuerdan hoy en afirmar que el contrato de servicios médicos contiene a cargo del médico una obligación de seguridad, pero no una obligación determinada de curar al enfermo, de ponerlo sano y salvo; el médico está solamente obligado a una general prudencia y diligencia, es decir, a comportarse con la prudencia y diligencia requeridas” (O. C. 1º número 159-2).

Mazen, Brouardel y otros tratadistas, consideran que el error de diagnóstico, cuando no se deba a negligencia o impericia inexcusable del médico, sino a las imperfecciones de la ciencia, no compromete la responsabilidad del profesional, aunque haya conducido a una operación malhadada o a la muerte del paciente.

En cuanto a las intervenciones terapéuticas o quirúrgicas de los médicos, igual principio podemos sentar: cuando el profesional haya incurrido en negligencia, impericia o ignorancia inexcusables, cuando emplee un tratamiento contraindicado o practique una operación desproporcionada a la enfermedad o en extremo peligrosa, en una palabra, cuando incurra en error grosero, hay lugar a la responsabilidad profesional. “Debe existir cierta proporción entre la afección a curar y los riesgos inherentes al tratamiento” (Piedeliévre, *Annales de médecine légale*, enero de 1934, pág. 91).

Nuestra jurisprudencia se ha mostrado acorde con los aludidos principios.

5º *La obligación de seguridad en el contrato hospitalario.* Casos hay en que el médico puede encontrarse ligado por una verdadera obligación determinada de seguridad, que consiste en el deber de evitar accidentes al enfermo. Esos casos son aquellos en que el contrato médico va conjuntamente con uno de hospitalización, ya que éste implica una obligación de seguridad determinada.

¿Cuál es, en efecto, se preguntan los hermanos Mazeaud, el contenido del contrato celebrado entre el enfermo o su familia y el director de una clínica, hospital, casa de salud o de reposo, asilo

de alienados? La situación es muy cercana a la del hotelero: en ambos casos el cliente exige que su seguridad le sea garantizada; exige que ningún accidente se produzca; no basta que se le hospede, que se le alimente, que se le atienda, que se tomen las precauciones necesarias. Sólo la prueba de la causa extraña liberará a aquél que recibe en hospitalización un enfermo, en caso de accidente debido al establecimiento hospitalario (Mazeaud, O. C. 1º, número 159).

6º *La obligación de seguridad en el contrato de venta.*—Cabe preguntarse si el vendedor se compromete a garantizar la seguridad del comprador; también si en caso de que éste sea herido por la cosa comprada, el vendedor es contractualmente responsable.

En primer término, es preciso dejar establecido que el accidente de que se trata debe ser producido por la cosa misma y no por torpeza del comprador; así, el cazador que se hiere con el fusil que ha comprado, porque olvidó descargarlo, no podría exigir responsabilidad a su vendedor.

El problema surge, en primer término, cuando el comprador ignoraba ciertos detalles particulares del mecanismo de la cosa. ¿Acaso está obligado el vendedor a señalar al comprador los peligros de la cosa vendida que dicho comprador pueda ignorar? La respuesta ha sido negativa. Luego la responsabilidad del vendedor no podría ser contractual; si alguna culpa le fuere imputable, sería en el terreno de la responsabilidad extracontractual.

En cambio, cuando el accidente haya surgido por causa del incumplimiento de una obligación contractual del vendedor, no hay duda sobre que la responsabilidad es convencional. Tal sería el caso en que el vendedor entregara una cosa con vicios ocultos, puesto que su obligación es de dar una cosa susceptible de llenar el uso al cual se halla destinada. El accidente proveniente de vicio de la cosa compromete la responsabilidad contractual del vendedor (Ver Mazeaud, O. C. 1º, número 160).

7º *La obligación de seguridad en cuanto a los bienes.*—El viajero cuyas maletas han sido colocadas en el cuarto que ocupa, en el hotel; el pasajero cuyo equipaje ha sido puesto en el furgón del tren que lo transporta; el criado cuyos vestidos se hallan en casa del patrono, pueden prevalecerse de una acción nacida del contrato, si esas maletas, equipajes o vestidos perecen? Es preciso examinar cada caso por separado. Cuando exista depósito la res-

ponsabilidad es contractual, puesto que la obligación esencial que pesa sobre el depositario es restituir la cosa depositada y, por consiguiente, velar por ella. Tal es el caso de los dueños de hotel, posada, bar, café, billar, baños, etc. (artículos 2.265 a 2.272 del C. C.).

En cuanto al transportador, ninguna duda hay para aplicar esos mismos principios; la acción que nace de la pérdida del equipaje entregado o consignado, o del que lleve consigo el pasajero, es contractual (Mazeaud, O. C., 1º, número 162). No así la que podría tener el criado contra su patrono.

Bogotá, febrero de 1947.