

ENTREVISTA AL DR. MOSSET ITURRASPE Y AL DR. MOISSET DE ESPANES

I.- ADVOCATUS: La responsabilidad civil es una de las instituciones jurídicas que más ha evolucionado en los últimos años. Actualmente y dejando de lado el criterio subjetivo de la culpa, se consideran múltiples factores objetivos de atribución de la responsabilidad. Además del ya conocido criterio de la teoría del riesgo. Que otros factores, considera la doctrina moderna como los más importantes y cuál es su campo de aplicación?

DR. MOSSET ITURRASPE: Nunca he sido partidario de abrir el abanico de los factores objetivos de imputabilidad, porque, me parece, que una conquista que ha costado tantos sacrificios y tantos esfuerzos, como la de admitir la responsabilidad objetiva en el ámbito extra-contractual y contractual, pierda fuerza, si nosotros decimos, "pero los factores objetivos de atribución, pueden ser estos", y mostramos dos, tres o cuatro, es como si la teoría estuviera en proceso de gestación, o existiesen dudas, como si todos los días agregáramos otros factores. En este sentido, yo me he mantenido apegado a que el factor objetivo de imputabilidad por esencia es el riesgo creado; se está hablando de garantía o de seguridad. Yo sé que hay autores que prefieren hablar de garantía, de seguridad, de equidad, de riesgo creado. Por ejemplo, veamos un texto de utilidad: el art. 1977, que se refiere a los daños causados por una persona incapaz. En el art. 1976 se dice que no hay derecho a la reparación contra el incapaz. En el 1977, se dice que sí, que el juez podrá en vista de la situación económica de las partes considerar una indemnización equitativa a cargo del autor. Cuál es el factor de debulación? Hay algunos que, partiendo de la expresión: "El juez podrá considerar... Una indemnización equitativa", señalan a la equidad como factor de atribución, la equidad

es el modo de llevar las circunstancias particulares del caso a las decisiones. Aquí de lo que se trata en puridad, es el riesgo, en la vía de las obligaciones, pudiendo dañar, es observar una conducta peligrosa o riesgosa.

Dónde está la diferencia, en decir que se responde fundado en la equidad, en la garantía o que se responde por el riesgo creado? A mí me gusta ensanchar la noción de riesgo creado. Por ejemplo, yo creo que el patrón o principal responde por los hechos, daños de sus dependientes, no como una garantía o seguridad sino fundado en el riesgo que se multiplica cuando una persona no realiza los negocios por sí mismo sino que recurre a otros.

Yo creo que igualmente los padres responden de los daños que causan los hijos de familia fundado no en la culpa (como dice nuestro Código), culpa que en algunos casos se puede excusar, sino fundado en el riesgo creado por la paternidad.

Así, no es posible pretender eximirse de responsabilidad demostrando que el hijo educado en un colegio privado, que se le dio buenas ejemplos, porque los hechos demuestran que el hijo no estaba en condiciones de actuar solo, de actuar sin controlador oficial. Entonces, insisto, no abramos tan pronto, cuando recién hemos conquistado un lugar para el riesgo creado, los factores objetivos de la responsabilidad.

DR. MOISSET DE ESPANES: Si me permite, yo quiero agregar algo. Yo decía recién en unas alocuciones, que a mí me agrada que en algunas profundidades se hable de garantía y la voy a demostrar con un ejemplo práctico. Cuando el Estado presta el servicio de publico del registro no está creando

un riesgo, está eliminando una cantidad de riesgos que existen en la comercialización. En verdad, el Estado no crea riesgos de ninguna clase. Sin embargo, a veces ese servicio se presta mal y como consecuencia del defecto de eficiencia se causa un daño al usuario. Ahí, en realidad el Estado aunque ha eliminado muchos riesgos no ha cumplido con la garantía de brindar un servicio adecuado. Por esta razón es que yo pienso que hay determinadas circunstancias en que resulta indispensable ensanchar la situación, salir del escueto criterio del riesgo y hablar de la responsabilidad de garantía que cubre muchos hipótesis que podrían quedar fuera si nos ceñimos a la noción de riesgo creado.

ADVOCATUS: A parte de la noción de garantía, que otros factores objetivos podrían considerarse?

DR. MOISSET DE ESPANES: Sería bastante más extenso el problema. Yo no he querido extenderme más, pero estoy señalando un factor, la garantía que podría complementar adecuadamente al riesgo creado.

DR. MOISSET ITURRASPE: Es un tema opinable, pero a mí me parece que con mucha generosidad se ha querido abrir los factores de responsabilidad sin tomar en cuenta que la institución del riesgo creado se debilita con esto.

2.- ADVOCATUS: Es conocido, que ambas partidarias de la unificación de la responsabilidad contractual y extra-contractual o mejor dicho, de la unificación de las consecuencias de hecho dañosas sea cual fuera su origen. En este aspecto, considera que no debe mantenerse ninguna diferencia esencial entre ambas responsabilidades?

DR. MOISSET ITURRASPE: Tanto como ninguna diferencia, no, ya que antológicamente no se puedan confundir. En un caso se viola la ley de las partes, el contrato, y en el otro estamos frente a la violación de un deber jurídico. De lo que se trata y en esto hemos insistido mucho en Argentina, es de unificar la reparación, llevando a una responsabilidad más integral tanto en el campo contractual como en el extra-contractual. Recuerda Ud. que en Argentina tenemos muy limitada la responsabilidad extracontractual, quien prueba es la víctima mientras que en el caso de la responsabilidad contractual son las partes que han celebrado el contrato, quienes pueden premunirse de todos los antecedentes necesarios. Aceptar la roza con todas las diferencias necesarias. Hablar de la unificación significa igualar la reparación.

ADVOCATUS: Dr., ¿Se trataría de igualar los plazos de prescripciones de ambas responsabilidades, plazos que hasta hoy son diferentes?

DR. MOISSET DE ESPANES: Este es uno de los puntos que divide a los juristas porque el problema probatorio es uno de los que puede justificar, diferenciar plazos de prescripción en uno y otro lado. El derecho es ciencia de matices, y hoy que determinamos cuando los característicos diferenciales, que en uno y otro existen, exigen el matiz adecuado para que se establezcan distintos plazos. En la responsabilidad contractual, los plazos de prescripción mucho más amplios pueden ser admitidos ya que ha habido la posibilidad de premunirse de mayores elementos probatorios para evitar aventuras judiciales. En la responsabilidad extra-contractual, el plazo de prescripción debe ser más breve sino imposibilitaría al demandado demostrar que realmente no existió el máximo, cuando avanzamos sobre sistemas de responsabilidad objetiva.

Esto no significa que deban mantenerse siempre las diferencias en el caso de la prescripción. Es un punto a estudiar, a determinar sobre las razones que pueden justificar un plazo más amplio en uno u otro lado.

DR. MOISSET ITURRASPE: Lo que nos ha parecido mal es que se multiplicaran las diferencias, que existiera como un catálogo de las diferencias. Reconocemos que algunas diferencias deben subsistir, pero hemos tratado de borrar la principal que era en cuanto al daño reparado.

3.- ADVOCATUS: Teniendo en cuenta que la unificación de la responsabilidad civil todavía se encuentra en proyecto, considera que un contratante víctima de un daño proveniente de la inexecución de una obligación contractual (que a su vez pueda constituir violación del deber jurídico de no dañar "neminem laedere"), pueda optar entre acogerse a la responsabilidad contractual o a la extra-contractual, para reclamar la indemnización teniendo en cuenta los ventajas que podría depararle una de la otra?

DR. MOISSET ITURRASPE: En Argentina, esto como regla no es posible, porque tenemos un texto, el art. 1107, que crea lo que llamamos una barrera intranqueable entre los dos ámbitos, y sólo se puede pasar de lo extra-contractual a lo contractual cuando el incumplimiento sea un delito del derecho penal, vale decir que no tenemos lo que otros denominan la posibilidad del cúmulo o de la opción, de acumular, elegir u optar. De ahí que pensamos que estas normas en general deban superar diferencias y entonces debe mostrarse un campo casi único -en lo que Ud. ha señalado muy bien- en el tema de la reparación, porque la razón para ir de la uno a la otra es la reparación.

ADVOCATUS: ¿Cuál es su opinión respecto a la normatividad peruana teniendo en cuenta que nuestro sistema no cuenta con una norma similar al art. 1107 de CC argentino que divide ambas responsabilidades?

DR. MOISSET ITURRASPE: Yo pienso que aunque no tenga una norma similar, la regla, en los países que estructuran por separado los dos ámbitos, es que no se puede optar ni acumular. Por que de lo contrario no tendría mucho sentido la estructuración.

¿Qué sentido tiene que yo separe ambas responsabilidades si voy a elegir la que más me convenga? Me parece que esto es una incoherencia, es casi una contradicción, aunque no hoyo un texto que lo diga expresamente, como es el caso del art. 1107 argentino.

4.- ADVOCATUS: En nuestro Código Civil, la responsabilidad contractual está basada fundamentalmente en la idea de la culpa. Según el art. 1314 del CC peruano, se exige de la obligación de cumplir a quien simplemente prueba haber actuado con la diligencia requerida, es decir a quien prueba su ausencia de culpa, no siendo necesario acreditar el caso fortuito ni la fuerza mayor. En cambio, en los casos de responsabilidad extra-contractual, el autor sí debe probar que su incumplimiento se originó en algún caso fortuito o fuerza mayor, en el hecho determinante de un tercero o en la imprudencia de la víctima. Considera Ud. válida dicha diferenciación?

DR. MOISSET ITURRASPE: Esa misma diferencia ha pretendido incorporarla el proyecto de unificación, para el caso de presentaciones de servicios profesionales, el famoso sistema de la responsabilidad de los profesionales, que surge de las normas expresas que el proyecto ha incorporado. Es ahí que se ha planteado esta tercera situación que algunos consideraban que ya estaba en la doctrina moderna. Ese tercer género es la no culpa, al lado de la responsabilidad por culpa y el caso fortuito. La tesis tradicional en Argentina es que produce el incumplimiento de la prestación se produce la culpa, y que para liberarse el deudor debe demostrar el caso fortuito, así como para agravar la responsabilidad, el acreedor debe demostrar el dolo en el incumplimiento del deudor. Un

grapa viene sosteniendo la posibilidad de demostrar la no culpa como causal de liberación. El proyecto lo da cabida a esta idea. A mí me parece una idea provechosa para ciertas situaciones.

En el tema de los profesionales y concretamente en la responsabilidad de los médicos me parece muy provechosa. Y la explicación es esta. Puede haber consecuencias de una intervención quirúrgica o de un tratamiento clínico que el propio médico no sabe a qué atribuir. Esto es muy común. Alguien que opera a un paciente del estómago, del hígado, etc. y éste sufre consecuencias que el médico no sabe a qué atribuir, sería demasiado duro para este profesional exigirle la prueba del hecho extraño, del caso fortuito. Por eso, en el proyecto de unificación, si el médico puede demostrar que actuó con la diligencia debida, se exime de responsabilidad.

En el caso de la responsabilidad extra-contractual hay que probar la causal de imputabilidad, vale decir la culpa y las eximentes que son, como Ud. ha señalado, el caso fortuito, el hecho de la víctima, etc.

5.- ADVOCATUS: -La jurisprudencia francesa ha establecido una obligación de seguridad incluida en forma táctica en ciertos contratos para preservar a las personas o cosas contra los daños originados en la ejecución del contrato, tal es el caso del contrato de transporte, y del contrato de espectáculo. Cree Ud., que tal obligación es de naturaleza contractual o extra-contractual? Utilizando la clasificación clásica de Demogue, se trataría de una obligación de medio o de resultado?

DR. MOSSET ITURRASPE: - Ami Udo, yo no tengo duda que se trata de una obligación nacida de un contrato, de una responsabilidad contractual, ligando la vieja diferenciación.

Las consecuencias de un contrato no sólo son las que las partes expresamente prevén, sino las consecuencias implícitas o virtuales que surgen aunque expresamente no se hayan definido en ellos. Quien promueve un espectáculo cinematográfico responde si se produce un incendio o si se dañan los espectadores, y esta es una obligación que nace del propio contrato.

El tema de las obligaciones de medio y resultado es un tema donde, a mi juicio, se ha exagerado. Es una distinción provechosa para ciertas relaciones. Pero, ni se puede interpretar a p. de la letra como algunos lo hacen ni tampoco como otros pretenden aplicarla toda.

Vamos al tema de los médicos que como el abogado sólo están obligados a poner los medios y entonces dicen de manera, a mi juicio, graciosa: "si el abogado demuestra que presentó la demanda y los demás escritos, significa que ha cumplido con su obligación. El médico está obligado a poner los medios, y debe demostrar que trató al paciente que lo interviene quirúrgicamente." Y esto es falso de toda falsedad. Porque de lo que se trata es de una obligación de diligencia, de prudencia, aunque no sea una obligación de llegar a un resultado final. El médico debe probar que lo trató, pero que lo trató de una manera idónea, eficaz, de acuerdo con la ciencia. El cirujano debe probar que lo interviene, pero que lo interviene con la mejor técnica de la que dispone, que acertó en el diagnóstico y en la intervención. Al abogado no le basta probar que demandó, que planteó bien la demanda, que presentaban los hechos, que invocó bien el derecho. Cuando decimos estas cosas ya estamos aproximando al medio y el resultado. Es claro que un abogado nunca se compromete a ganar un pleito, ni el médico a sanar al paciente. Pero, el abogado y el médico se comprometen a hacer lo que debían hacer de una manera eficaz e idónea.

DR. MOSSET DE ESPANES: Además siempre que se promete un medio, se promete también un resultado. ¿Cuál es el resultado que uno promete como médico? Una atención adecuada, no curar estrictamente. Pero al prometer una atención adecuada estoy prometiendo un resultado. ¿Qué resultado promete un abogado? Presentar el escrito jurídicamente bien enfocado. También se promete en este caso un resultado, no basta con llevar un papel firmado con los medios adecuados. Es así que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado resulta bastante artificial.

DR. MOSSET ITURRASPE: Además, todos los autores europeos coinciden en que se ha utilizado la experiencia médica. Se ha encontrado allí, el medio eficaz para proteger a los médicos, en caso de mal práctica. En esto hay coincidencia en mucha doctrina española sobre responsabilidad de los médicos.

DR. MOSSET DE ESPANES: Por allí, algún buen amigo en una jornada en Buenos Aires, se enojó porque estuvo la inuidad de la distinción porque él acababa de publicar un trabajo donde renovaba la teoría, dándole un nuevo enfoque y pretendiendo que esto fuese la panacea para todos los problemas de la responsabilidad. No hay tal ni con la renovación que él pretendía hacer con su nuevo enfoque.

DR. MOSSET ITURRASPE: Yo subrayaría lo que ha dicho Udo, toda obligación en el fondo promete un cierto resultado, y toda obligación es de medio, distingamos resultado mediato, de resultado más lejano. Pero en todos hay algo de medio y algo de resultado, y no es cierto que el abogado o el médico prometan sólo medios.

6.- ADVOCATUS: El artículo 1967 de Código Civil peruano consagra la responsabilidad solidaria entre el asegurador del daño y el responsable directo del mismo. Se trataría en realidad, de una responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta el distinto origen de ambas responsabilidades ya que una se basa en el contrato de seguro y la otra en el hecho ilícito?

DR. MOSSET DE ESPANES: Bueno, yo entiendo que la expresión solidaria, también está usada en nuestro código con un poco de ligereza, porque todos sabemos que para que la solidaridad exista deben tratarse de obligaciones de sujetos múltiples, dando haya una única causa; y aquí la causa es diferente. Uno responde porque ha celebrado un contrato de seguro y el otro responde porque ha cometido un hecho ilícito, vale decir la causa de cada uno de las responsabilidades es diferente. Esto nos lleva a lo que los romanos llamaban la solidaridad imperfecta, obligaciones in solidum y la expresión que en nuestro país ha ganado bastante camino, obligaciones in solidum o concurrentes.

ADVOCATUS: En este ámbito, creo Ud. que la jurisprudencia puede crear un tipo distinto a los previstos en la normatividad legal, máxime, teniendo en cuenta, que la solidaridad no se presume ya que o es creada por la ley o proviene del pacto.

DR. MOSSET ITURRASPE: En este caso, habría que interpretar la norma del 1967 no ya como una solidaridad estricta, sino como una solidaridad imperfecta o in solidum que tiene matices diferentes.

DR. MOSSET DE ESPANES: Lo que sucede lamentablemente en nuestra doctrina, es que por la vía de la responsabilidad in solidum, se ha puesto limitaciones que generalmente favorecen estos errores. De ahí que a mí a veces no me agrada la distinción, no porque no exista diferencia entre las obligaciones solidarias e in solidum. Se le utiliza para decir que no se propagan los efectos, lo que es muy grave. Entonces demandado uno de los responsables, el otro queda liberado porque la demanda no se dirigió contra él o ha prescrito. Siempre me ha causado vocación la distinción entre ambas

obligaciones, ya que si el código es malo o bien las llama solidarias, fue para adjudicarle todos los efectos de la solidaridad; puesto que el código señala que son obligaciones solidarias: "siempre que deben ser cumplidas por varios", sin distinguir incluso la causa, pero que sea la misma obligación, la misma relación obligatoria. Entonces si es la misma prestación, diciendo que por que provienen de distintos fuentes, uno solidario y el otro in solidum y luego por esta vía hacer que se escapen de los efectos de las obligaciones solidarias en cuanto a la propagación de la mora, y en cuanto a la interrupción de la prescripción, esto es lo que a mí me causa dudas de la conveniencia de la distinción.

DR. MOSSET ITURRASPE: Por otro lado, si uno lee el texto por segunda o tercera vez, se percata que lo que dice es que se puede reclamar el todo a cualquiera de los dos y por eso dice: "responderán solidariamente". Pero también hoy decimos que dice que la obligación es solidaria cuando surge la expresión "responderán solidariamente". Entonces plantea un difícil problema de interpretación. Yo mismo, para mí es un caso de obligaciones concurrentes o indistintas y donde la palabra solidaridad se ha empleado para decir que el todo puede ser reclamado a cualquiera de los dos; pero no para confundir a igual, porque son dos obligaciones distintas que tienen causas distintas. Obviamente si son causas diferentes, la aseguradora responderá sólo en el marco del seguro, y con las particularidades propias del contrato del seguro.

7.- ADVOCATUS: El artículo 1988 da de nuestro código civil, dar abierta la posibilidad que mediante ley se implante el seguro obligatorio para determinados daños. ¿Qué tipo de daños cree Ud. que deberían ser considerados bajo este régimen y cuál es la experiencia argentina al respecto?

DR. MOSSET ITURRASPE: Ustedes saben que el seguro obligatorio se inscribe teóricamente dentro de lo que se llama parte de una responsabilidad individual o una responsabilidad social. Vale decir, colocar sobre los espaldas de toda la comunidad o de muchas personas, los daños que sufren algunos, unos pocos. Es una idea muy conveniente, lamentablemente en la Argentina ha tenido muy poca acogida, a tal punto que no tenemos ni el seguro de responsabilidad civil obligatoria para daños de automóviles. No tenemos todavía la obligación de asegurar a los conductores de automóviles, tenemos sólo seguros voluntarios. El seguro obligatorio se predica para una serie de ámbitos. Comenzó con el tema de los automóviles, y después para supuestos donde pueda existir el daño ecológico, el daño ambiental, las empresas que puedan contaminar el ambiente o que contaminan las aguas.

El seguro obligatorio es para áreas donde el Estado va detectando que pueden existir estas situaciones tan difíciles. Pero cuidado, se va abriendo camino en Argentina, la responsabilidad del garajista o del hotelero por el daño que sufre el que guarda el auto o el pasajero, producto del robo a mano armada, con violencia o escalamiento. Tradicionalmente, se decía, que en éste caso no responde el garajista o el hotelero porque se trataba de un caso fortuito, vale decir un hecho imprevisto, inevitable. Ahora la tendencia es decir, que lo que debía hacer ese garajista o ese hotelero, es tener medidas de seguridad, de protección, de alarma, y entre esas por qué no, un seguro obligatorio. ¿Cómo pueden existir hoteles que tengan cajas de seguridad y que no estén aseguradas? Asimismo en el caso de los garajes. Entonces cuando se encuentra que un garajista o un hotelero no ha tomado las medidas indispensables para protegerlos de automóviles.

DR. MOISSET DE ESPANES: Nosotros pensamos en el seguro obligatorio, como algo necesario, para que toda víctima esté cubierta frente a la posible insolvencia del propio autor del daño, idea muy noble y que nos debe llevar al seguro obligatorio. Pero también la experiencia demuestra otro caso

más. La intervención de las compañías de seguros en los casos de accidentes suele traer siempre como *subje* sólo parcialmente el daño. La compañía de seguros en nuestros países, litiga y siempre, refutaba siempre, oblige siempre a la víctima a perder tanto y parcialmente la indemnización. Y gran parte de esa indemnización queda en la propia compañía que no paga, a en los bolsillos de los abogados que cobran sus honorarios. Eso es lamentable, pero es real y tenemos que verlo, porque exige también que junto con la tendencia a la implantación del seguro obligatorio, se busque la forma de hacer que los seguros sean realmente una forma de garantizar a la víctima la reparación del daño sufrido.

DR. MOSSET ITURRASPE: Vale decir se ha perdido la función social del seguro, y las empresas de seguros se han transformado en unas empresas de lucro más. Y esto está mal.

8.- ADVOCATUS: Teniendo en cuenta el carácter esencialmente reparatorio de la responsabilidad civil, pero atendiendo también a criterios humanitarios, cree Ud. que resulta admisible considerar la capacidad económica del deudor en el momento de fijar la indemnización? ¿Cuál es la posición de la normatividad argentina con referencia a la modificatoria al art. 1069 del CC por la ley 17.711?

DR. MOSSET ITURRASPE: Nosotros predicamos que también en materia de responsabilidad civil, deben tener vigencia los principios de equidad, vale decir atender a las circunstancias de cada caso, que es lo que hace el artículo 1069 cuando dice: "Las circunstancias económicas de la víctima y de algún modo es lo que hace el artículo 522 cuando habla del daño moral por el incumplimiento de los contratos y también lo que hace el artículo 907 cuando habla de la responsabilidad de los daños involuntarios".

Precisamente a fines de junio, tenemos una jornada en Argentina sobre responsabilidad en homenaje al profesor Bustamante Alina donde uno de los temas a analizar es precisamente estos matices, que el juez pueda decidir esta especie de reparación malizada, restringida o ampliada según las circunstancias económicas del deudor. A mí me parece que está bien, de nada sirve una gran condena cuando el deudor es insolvente, ¿cómo no vamos a atender las circunstancias del deudor?

DR. MOISSET DE ESPANES: Fijate que a veces es peor, porque la gran condena trae como consecuencia que los honorarios sean mayores y cobra primero el abogado, el agraviado se queda sin cobrar nada. Esto es lo lamentable del caso. Voy a, el vote la pena malizor.

DR. MOSSET ITURRASPE: Además la reparación de uno, merecida, justa, no puede ser la ruina del otro, necesario y totalmente. No predicamos la reparación a un costo de la ruina de los damnificados. Entonces el juez tiene que tratar de malizar la situación. Me parece que esto es razonable. Por supuesto, frente al daño comético intencionalmente, doloso, esto no va. Hay por el caso del riesgo y para el caso de la culpa. Esto es lo que dice el artículo 1069, que es un texto que ha tenido buena acogida en la Argentina, texto que ha sido ponderado por prudente, porque se alarga que dentro de esta ampliación de la responsabilidad, es un texto que da una salida a los jueces en ciertas hipótesis. Nos parece mucho más interesante eso, que estar en lo que se llama las reparaciones simbólicas, que se condena a un damnificado, después de litigar diez años a pagar una suma sería civil que no sirve para nada, que no ayude para nada a la víctima. Esto nos parece muy mal. Las condenas simbólicas son muy comunes en materia de daño moral, de daño estético, daño a la vida de relación, daño a la intimidad. Como en estas cosas el daño no se puede valorar, el juez condena a pagar una suma cualquiera, tomando un diferencia que en aquellas comunidades, uno para un miembro de la comunidad. En cambio, en nuestras comunidades una condena no tiene ninguna trascendencia.