

CAPÍTULO VI

**RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR
LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SUS HIJOS**

por NATALIA BOROFFIO y CARLOS GARCÍA SANTAS

I.	Introducción.	201
II.	Normativa aplicable.	204
III.	Fundamentos del deber de reparar.	204
	1. Patria potestad.	204
	2. ¿Culpa <i>in vigilando</i> o culpa en la educación?	205
	3. Garantía social	208
IV.	Pautas a tener en cuenta para que opere la responsabilidad de los padres	208
	1. Minoridad	208
	2. Patria potestad.	209
	3. Emancipación	209
	4. Convivencia del menor con sus padres	210
	5. Producción de un daño	212
	6. Daño a un tercero	213
V.	Tipo de responsabilidad.	213
	1. ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?	213
	2. Responsabilidad directa o por el hecho propio y responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno	215
	3. La responsabilidad de los padres. Responsabilidad indirecta.	216
	4. Tipo de responsabilidad de acuerdo a la edad del menor.	218
	A) Daños cometidos por menor de 10 años	218
	B) Daños cometidos por mayor de 10 años	221
	C) Padres menores de edad no emancipados	222
	5. Responsabilidad presunta de los padres	222
	6. Responsabilidad solidaria de ambos padres	223

VI.	Eximentes	223
1.	Falta de culpa en la vigilancia del hijo: la “vigilancia activa” ..	225
2.	Transmisión de la guarda	228
3.	Caso del menor que trabaja	229
4.	Caso del menor que conduce un automóvil de su propiedad..	232
VII.	Cuestiones procesales	235
1.	Prescripción de la acción	235
2.	Legitimación pasiva del menor impúber	235
3.	Legitimación pasiva del menor adulto	236
4.	Carga de la prueba	237
VIII.	Proyecto de Código Civil de 1998	239
IX.	Conclusiones	241

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SUS HIJOS

por NATALIA BOROFFIO y CARLOS GARCÍA SANTAS

SUMARIO: I. Introducción. II. Normativa aplicable. III. Fundamentos del deber de reparar. 1. Patria potestad. 2. ¿Culpa *in vigilando* o culpa en la educación? 3. Garantía social. IV. Pautas a tener en cuenta para que opere la responsabilidad de los padres. 1. Minoridad. 2. Patria potestad. 3. Emancipación. 4. Convivencia del menor con sus padres. 5. Producción de un daño. 6. Daño a un tercero. V. Tipo de responsabilidad. 1. ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva? 2. Responsabilidad directa o por el hecho propio y responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno. 3. La responsabilidad de los padres. Responsabilidad indirecta. 4. Tipo de responsabilidad de acuerdo a la edad del menor. A) Daños cometidos por menor de 10 años. B) Daños cometidos por mayor de 10 años. C) Padres menores de edad no emancipados. 5. Responsabilidad presunta de los padres. 6. Responsabilidad solidaria de ambos padres. VI. Eximentes. 1. Falta de culpa en la vigilancia del hijo: la "vigilancia activa". 2. Transmisión de la guarda. 3. Caso del menor que trabaja. 4. Caso del menor que conduce un automóvil de su propiedad. VII. Cuestiones procesales. 1. Prescripción de la acción. 2. Legitimación pasiva del menor impúber. 3. Legitimación pasiva del menor adulto. 4. Carga de la prueba. VIII. Proyecto de Código Civil de 1998. IX. Conclusiones.

1. Introducción

El tema de la responsabilidad de los padres por los daños que ocasionan sus hijos tiene suma relevancia a nivel político-social. Los niños, hoy cada vez más desamparados por razones socioeconómicas, se socializan a temprana edad, pues se enrolan en actividades produc-

tivas con mayor asiduidad y fuera del ámbito familiar; manejan armas, maquinarias u otras “cosas riesgosas” (como automóviles o motovehículos) llevados por intereses personales o por necesidad, sin tener pleno conocimiento de su uso ni conciencia sobre eventuales perjuicios que pudieran ocasionar. El Estado, respondiendo a estos tiempos que corren –caracterizados, entre otras cosas, por la influencia de los medios de comunicación, el progreso de la técnica, la especialización, la necesidad de los padres de dedicar más cantidad de horas al trabajo, etcétera–, procura que el desarrollo del niño se realice de manera armoniosa, no reñido con su integración a la sociedad, reconociéndole mayores libertades. Tal el objetivo plasmado al ratificar nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño¹.

Pero está claro que al existir una mayor “socialización” del niño –podría decirse beneficiosa para su persona– se potencian las posibilidades de que el menor provoque daños a inocentes, quienes merecen ser protegidos y resarcidos si sufren un daño no querido. Es allí donde aparecen los padres, los “responsables”, los que van a asegurar a los miembros de la sociedad que el hijo no va a causar daños y que, en caso de que ello suceda, esos perjuicios habrán de repararse, ya que el principal fundamento de su responsabilidad se halla actualmente en la garantía social que ellos asumen a partir del ejercicio de la patria potestad.

Esta responsabilidad a la que aludimos no es más que un capítulo dentro del amplio marco de la responsabilidad civil en general, enrolada también dentro del denominado “Derecho de Daños”². Creemos oportuno

¹ Aprobada por ley 23.849, tiene jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.), y operatividad inmediata, sin que se requiera pronunciamiento expreso de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerle surtir plenos efectos (CCCom. de Santa Fe, sala III, 21-12-95, J. A. 1996-I-36).

² Para Mosset Iturraspe, “este capítulo de la responsabilidad, que avanza sobre el terreno de la ‘responsabilidad de la familia’, se inserta en el ámbito más amplio de la responsabilidad civil o del Derecho de Daños, nacidos de los ilícitos (arts. 1066 y ss. del Cód. Civ.), y muy en especial, de la responsabilidad por el ‘hecho ajeno’, de los dependientes o auxiliares, de las personas de las cuales uno se sirve o tiene a su cuidado (arts. 1122, 43 y 1113 y cons. del Cód. Civ.); aunque el hijo no sea técnicamente ni un auxiliar ni un dependiente” (en MOSSET ITURRASPE, Jorge; D’ANTONIO, Daniel H. y NOVELLINO, Norberto J., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 14).

tuno decir que “responder”, como destaca el maestro Trigo Represas³, significa “dar cada uno cuenta de sus actos, y responder civilmente *lato sensu* es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por su conducta lesiva antijurídica o contraria a Derecho; de manera que ser civilmente responsable significa estar obligado a reparar por medio de una indemnización el perjuicio provocado a otras personas, vale decir en definitiva que es la forma de dar cuenta del daño que se ha causado a otro *contra jus*”.

Sobre estas bases podríamos definir a la responsabilidad civil de los padres como aquella que surge cuando un hijo menor que está bajo su patria potestad daña a una persona, y que tiene su fundamento en una presunta culpa traducida en la infracción a los deberes de buena educación y vigilancia respecto al hijo menor, deberes que derivan, precisamente, de la patria potestad.

Hay quien dice que no se trata de designar al padre responsable sobre la base del fundamento en la culpa sino de elegirlo como tal porque es el sujeto mejor colocado para prevenir el daño –para operar sobre la fuente de producción del daño⁴–. Y también quien sostiene que no se trata de castigar a un inocente en beneficio de otro inocente; se trata de sancionar a los padres sobre la base de concretas imputaciones⁵.

No pasamos por alto que esa responsabilidad paterna no excluye la de los propios hijos a partir de los 10 años de edad, tal como veremos más adelante.

En definitiva, consideramos que la responsabilidad que estamos analizando no escapa a los principios básicos de la responsabilidad civil en general, aunque, obviamente, con matices propios. Es por ello que los juristas discrepan respecto de la normativa aplicable, del alcance de la responsabilidad paterno-filial, del fundamento por el cual los

³ TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad civil del abogado*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 8, *Daños profesionales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 81.

⁴ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, t. XX, vol. 2º, p. 219.

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia*, en L. L. 1979-B-520.

padres deben hacerse cargo de reparar los daños que sus hijos producen, de las eximentes, del tipo de responsabilidad –objetiva o subjetiva–, de la posibilidad de que los menores estén en juicio, etcétera, cuestiones que intentarán ser reveladas, sucintamente, a lo largo de este capítulo.

II. Normativa aplicable

Como señalamos precedentemente, existen discrepancias doctrinarias con respecto a la normativa aplicable. Sin embargo, estamos convencidos de que son de aplicación especial el artículo 1114 –reformado por la ley 23.264 que derogó el artículo 273 del Código Civil– y los artículos 1115 y 1116 del mismo Código; sin dejar de lado las normas que este cuerpo normativo dedica a las relaciones entre padres e hijos, a sus derechos y deberes, a la patria potestad.

Desde otro punto de vista, tiene relevancia también la Convención sobre los Derechos del Niño, ya mencionada. Este ordenamiento jurídico tiene suma importancia en el tema en análisis, ya que avala las mayores libertades que la sociedad le reconoce al niño en estos tiempos, procurando el libre desarrollo de su personalidad.

III. Fundamentos del deber de reparar

Entre los fundamentos del deber de reparar podemos enunciar los siguientes.

1. *Patria potestad*

Consideramos que la patria potestad es el principal fundamento del deber de reparar que tienen los padres por los actos dañosos cometidos por sus hijos menores que se encuentran bajo su poder y habitando con ellos.

Creemos oportuno recordar que el artículo 264 del Código Civil establece que “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...” Entre esos deberes legales están el deber de vigilarlos, cuidarlos y educarlos,

deberes necesarios para encauzar la conducta del menor, no solamente en vista de una adecuada formación sino también para evitar que causen daños a terceros.

Si quisiéramos definir la vigilancia paterna podríamos decir que es “el contralor que corresponde a los padres a los fines de canalizar el accionar inmaduro de sus hijos, evitando toda conducta que pueda resultar nociva para sus propios intereses o para terceras personas, en tanto que el cuidado comprende todo lo necesario para que la persona del hijo se forme en plenitud”⁶.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas respecto a si este deber de responder se basa en la falta de vigilancia, en la mala educación o en la falta de la misma, o en ambas causas en forma conjunta.

Estamos seguros de que la responsabilidad de los padres se funda en la “culpa” en que éstos pudieran incurrir, por haber violado los deberes legales impuestos con respecto a sus hijos menores de edad que se hallan sujetos a su patria potestad⁷.

2. *¿Culpa “in vigilando” o culpa en la educación?*

En algún fallo se dijo que los padres tienen dos clases de obligaciones: una inmediata, de vigilancia, y otra mediata, de educación⁸; en otro se consideró que la culpa de los padres reposa fundamentalmente en omisiones al deber de educación, siendo “la obligación de vigilancia algo accesorio o complementario”⁹.

Para otro sector, “vigilancia” y “educación” son dos términos inversamente proporcionales a la edad del menor: a menor edad mayor vigilancia, y a mayor edad es más importante la educación que la primera. Ambas culpas no necesariamente deben ser acumulativas, pues

⁶ D’ANTONIO, en MOSSET ITURRASPE, D’ANTONIO y NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores* cit., ps. 158 y 159.

⁷ En el mismo sentido opinan Challiol, Ghersi, Salvat y Acuña Anzorena, entre otros.

⁸ CNCiv., sala E, 21-5-59, J. A. 1960-I-4.

⁹ CNCiv., sala C, 8-5-64, “Iwanisszuk, P. y ot. c/Municipalidad de Magdalena”, Rep. L. L. XXVI-414, sum. 183.

la falla puede estar en la educación o en la vigilancia, debiéndose tener en cuenta las características especiales de cada hipótesis¹⁰.

Salas¹¹, por su parte, señala: decir que el padre responde por la culpa del hijo menor de 10 años es una “licencia de lenguaje” y no el verdadero concepto de responsabilidad; la “propia culpa” deriva de una falta de vigilancia o de buena educación, en el sentido de la formación de hábitos, consecuencia de los consejos respecto a su comportamiento (en la calle, por ejemplo); lejos de responder el padre por el hecho de otro, responde personalmente al incurrir en omisión de sus deberes de vigilancia.

Por otro lado, están quienes opinan que la responsabilidad del padre por el hecho ilícito cometido por su hijo menor reposa sobre una presunción legal de culpa *in vigilando* o por una falla en la educación del menor, pues, por haberse omitido la diligencia enderezada a ejercer adecuadamente la patria potestad es que se hace efectiva la responsabilidad del padre¹².

Más ampliamente, la doctrina alude a la consideración del medio social y familiar; hábitos, costumbres, edad, estado físico y mental del hijo y de los padres; naturaleza de la actividad desplegada por el menor; estado general de las cosas facilitadas al hijo; consentimiento dado a la realización de ciertas tareas, etcétera. Además, nuestros tribunales han resuelto que “las víctimas no deben soportar las consecuencias de la desorganización familiar; por el contrario, ellas deben ser asumidas por quienes tienen que conducir el núcleo familiar”¹³.

Se ha sostenido, también, que la víctima no tiene por qué analizar la intimidad de la familia; no es justo condicionar la reparación a comportamientos o actitudes “internas”, extrañas o ajenas a quien ha resultado perjudicado¹⁴.

¹⁰ LLAMBIÁS, *Código Civil anotado*, 1978, p. 333, nota 208, conf. CNCiv., sala E, 26-9-80, “Di Battista c/Beconi y ot.”, J. A. 1961-V-6; C1°CCom. de San Nicolás, 29-10-70, “Acosta de Saravia c/Lefebvre de Bettio”, L. L. 144-550; cit. por GUNTARDT DE LEONARDI, Elena E. y MASSIANO, Analía A., *Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores*, en J. A. 1997-II-839.

¹¹ SALAS, Acdeel y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Código Civil y leyes complementarias*. Anotado, Depalma, Buenos Aires, 1999, vol. 4-A, p. 611.

¹² Conf. Salvat, Acuña Anzorena.

¹³ CPen. de Rosario, sala II, “Ferruti, Aldo”, J. A. 1987-IV-407.

¹⁴ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres...* cit.

En cuanto al deber de educar, se ha sostenido que la deficiente educación es una consecuencia más de la falta de vigilancia activa¹⁵.

Según Bueres y Mayo¹⁶, hablar de culpa en la educación de un menor como sustento del deber reparatorio de sus progenitores importaría tanto que los niños o jóvenes bien educados no responderían nunca. Además se preguntan, ¿cuál es la línea divisoria entre la buena y la mala educación? Por lo demás, si la educación impartida es deficiente o mala, está muy claro que los padres tendrían que seguir respondiendo luego de que los hijos alcanzaran la mayoría de edad -si no por el artículo 1114, al menos por el 1109-.

En cuanto a la culpa en la vigilancia se sostuvo que la misma es una irrealidad, fundamentalmente en los tiempos que corren, puesto que es un fenómeno típico de ellos la ampliación de la esfera de libertad de los menores (y piensan que esa irrealidad también se hacía patente hace cincuenta años)¹⁷.

¿Qué sucede si los causantes del daño son menores de mal carácter? En estos casos los padres responden, no obstante haber acreditado una total vigilancia, pues subyace una obligación de garantía por los defectos de carácter del hijo¹⁸. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que las consecuencias del temperamento discolo del menor deben ser sufridas por los padres y no por los terceros ajenos a su vigilancia y educación¹⁹. En el mismo sentido se pronunció la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala I, al resolver que, en los casos de “menores difíciles”, los padres responden no obstante

¹⁵ SALAS, Acdeel E., *Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y la del empleador*, en J. A. 1967-VI-189.

¹⁶ BUERES, Alberto y MAYO, Jorge, *La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, *Derecho de Familia Patrimonial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 285.

¹⁷ Ídem nota anterior.

¹⁸ BELLUSCIO, ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, Hammurabi, 1980, cit. por GUNTARDT DE LEONARDI y MASSIANO, ob. y lug. cit.

¹⁹ CSJN, 18-10-60, “Lazzarini c/Bustelo”, J. A. 1961-IV-12.

una total vigilancia, porque en el artículo 1114 subyace una obligación de garantía por los defectos de carácter del hijo²⁰.

3. *Garantía social*

También se ha sostenido que otro de los fundamentos de la responsabilidad paterna ha de hallarse hoy en la garantía social que los padres asumen con el ejercicio de la patria potestad: asegurar a los miembros de la sociedad que el hijo no va a causar daños, y que, si los causare, ellos han de repararse²¹.

Esta solución, dada por la jurisprudencia, nos parece muy justa a la hora de resarcir a la víctima por los daños causados por un menor, sin necesidad de establecer si se trata de culpa *in vigilando* o en la educación sino, simplemente, viendo en el dañado a una persona a la cual se ha perjudicado injustamente.

IV. Pautas a tener en cuenta para que opere la responsabilidad de los padres

1. *Minoridad*

En principio, los padres sólo responden por los hechos de sus hijos menores. Conforme a como lo establece el artículo 126 del Código Civil, “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”. Pero debe diferenciarse entre los menores impúberes, aquellos que “aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos”, y los adultos, es decir, “los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos” (art. 127, según ley 17.711).

Desde luego que si se tratase de actos ilícitos de los hijos mayores de edad, no habría responsabilidad alguna para sus padres en ese carácter, pues faltaría, precisamente, el fundamento de esta responsabilidad desde que no se hallan bajo su patria potestad²².

²⁰ CCCom. de San Isidro, sala I, 30-10-91, “Feola c/Pietrantonio y ot.”, D. J. 1992-1-856.

²¹ CCCom. de San Nicolás, 12-3-96.

²² BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., 8ª ed., p. 354.

A fin de establecer la edad del menor, el momento que debe tenerse en cuenta es el de la comisión del hecho, no importando si con posterioridad al mismo, o aun ya comenzado el juicio, aquél alcanzase la mayoría de edad.

2. *Patria potestad*

Como ya dijimos al referirnos a los fundamentos del deber de reparar, la patria potestad es la que coloca al progenitor en la posibilidad jurídica de dirigir con eficacia los actos de sus hijos y orientar su educación; por eso, como regla, el deber de responder pesa sobre el titular de su ejercicio.

Dentro de la doctrina española, León González²³ señala que no es que la responsabilidad de los padres sea consecuencia de la patria potestad por sí sino, además, de los poderes y deberes inherentes a la misma, merced a los cuales su titular se halla en condiciones de evitar el daño.

La opinión doctrinal dominante en nuestro país conceptúa que los padres no son responsables de los perjuicios ocasionados por hijos emancipados por matrimonio o por habilitación de edad (art. 131, Cód. Civ.). La solución es lógica, puesto que si la patria potestad es requisito del deber de reparar paterno —y punto de partida para extraer su fundamento—, habiendo ella cesado y transformándose, por añadidura, los menores en personas capaces, no resulta de recibo que se mantenga la responsabilidad paterna²⁴.

3. *Emancipación*

No sólo cesa la responsabilidad de los padres por haber alcanzado el menor la mayoría de edad sino, también, por emancipación de aquél. “La emancipación es una institución que se caracteriza por liberar al

²³ LEÓN GONZÁLEZ, J. M., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en *Estudios de Derecho Civil*, en honor al Prof. Castán Tobeñas, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, t. IV, ps. 284 y ss., cit. por GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 235.

²⁴ BUERES y MAYO, ob. y lug. citis.

incapaz de la potestad a que está sujeto y por invertir su régimen de capacidad, convirtiéndolo de incapaz de principio en persona capaz como regla”²⁵.

Existen dos clases de emancipación:

- a) La tácita o legal, que se produce automáticamente por el matrimonio del menor; no depende de la aptitud o madurez del emancipado ni de su edad; lo fundamental aquí es el hecho del matrimonio;
- b) la emancipación dativa o también llamada “habilitación de edad”, que consiste en “la anticipación de capacidad conferida por quien se encuentra en el ejercicio de la patria potestad, con el consentimiento del incapaz, con o sin intervención del organismo jurisdiccional”²⁶. Este tipo de emancipación se funda en la presencia de cierta madurez antes de llegar a la mayoría de edad.

No obstante lo dicho, el artículo 1114 nada aclara respecto de los menores emancipados, y habría dejado subsistente la disputa en torno a si los progenitores responden o no por los daños causados por sus hijos emancipados que conviven con ellos. Lo cierto es que la doctrina se inclinó por considerar que los padres no responden en tales supuestos²⁷.

4. *Convivencia del menor con sus padres*

El artículo 1114 requiere como segundo requisito, para el nacimiento de la responsabilidad de los progenitores, que los hijos “habiten con ellos”. Y es lógico que así sea para que los padres puedan ejercer los deberes de vigilancia que la ley les impone. Naturalmente, si los menores no habitan con sus padres, éstos no pueden ejercer la vigilancia, que es la base de la responsabilidad en estos casos.

Los padres no pueden excusar su responsabilidad si el alejamiento de sus hijos del hogar paterno obedece, precisamente, a la falta de vigilancia de ellos pues, en este supuesto la culpa de éstos resulta de no haber impedido que los hijos se pusieran fuera de su autoridad y vigilancia²⁸.

²⁵ RIVERA, Julio C., *Habilitación de edad*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 236.

²⁶ RIVERA, *Habilitación de edad* cit., p. 30.

²⁷ AGUIAR, H. D., *Hechos y actos jurídicos*, Abeledo, Córdoba, 1936, p. 360.

²⁸ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 358.

Sin embargo, para algunos autores basta para excusar la responsabilidad paterna que el alejamiento se deba a un motivo legítimo, como podría ser un curso universitario o una temporada de descanso en casa de parientes o amigos, siempre que se hubiera confiado el menor a personas aptas y responsables²⁹.

Resulta oportuno referirnos al fallo de la Cámara de Apelaciones de Besançon³⁰, en el cual se resolvió no hacer lugar a la demanda contra la abuela de dos menores que, en circunstancias de encontrarse vacacionando con ella, incendiaron la propiedad de unos vecinos, quienes demandaron no sólo a aquélla sino también a los padres de los niños. Vale destacar que los menores estaban bajo la patria potestad conjunta de sus progenitores, los que se encontraban divorciados, compartiendo la tenencia. El fundamento del fallo radica en que la abuela no es responsable de pleno derecho por los daños que causen sus nietos menores que vacacionan con ella. Sólo la fuerza mayor o la culpa de la víctima puede excusar la responsabilidad de pleno derecho de los padres por los daños y perjuicios de los hijos sometidos a su patria potestad. El hecho de que el padre divorciado que ejerce circunstancialmente la guarda confió la tenencia a la abuela no hace cesar la responsabilidad de ambos padres divorciados, que ejercen la patria potestad conjunta, quienes son solidariamente responsables por los daños y perjuicios que causen los menores.

Por otro lado, la jurisprudencia nacional entendió que “la exigencia de habitación conjunta de padre e hijo que contempla la ley no se refiere, necesariamente, a la residencia en un mismo edificio o casa; la locución no debe ser entendida literalmente, sino en orden a la posibilidad de educar al hijo y de ejercer la vigilancia, que se podría presumir entorpecida si no cohabitan; pero, bien entendida, la convivencia es compartir la vida, participando los padres de los hechos cotidianos del hijo, aunque éste pueda dormir o comer en otra casa, en circunstancias que no la quebranten”³¹.

²⁹ Borda, citado por BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit.

³⁰ CApel. de Besançon, 1ª Cám. Civ., 11-2-98, “Epx Parisot c/Mme. Schott”, en *La Semaine Juridique* del 23-9-98, p. 165, *Jurisprudence*, II, 10.150, cit. por MENDINA, Graciela en su artículo doctrinario *Persona, familia y sucesiones*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 20, *Seguros - II*, 1999, p. 458.

³¹ CNCiv., sala C, 29-9-89, L. L. 1990-B-99, cit. por SALAS, *Código Civil* cit., p. 611.

Como ya dijéramos, es lógico pensar que si el menor no vive con los padres, la vigilancia activa que la ley les impone se vuelve prácticamente imposible, como también lo es, en esas condiciones, el impedir el obrar dañoso del menor.

5. *Producción de un daño*

La existencia de un acto ilícito realizado por un hijo menor constituye un requisito fundamental para que nazca la responsabilidad paterna; tanto es así que para Llambías³² es el primer requisito, pues si éste faltara, sería absurdo intentar hacer valer la responsabilidad del padre, a quien no se le podría reprochar que hubiera dejado practicar al hijo un acto simplemente lícito.

Sin embargo, el artículo 1114 impone la responsabilidad a los padres por los “daños” causados por sus hijos, no por los daños provenientes de los “actos ilícitos” de éstos³³.

Ante problemas que puedan plantearse, no se presentan inconvenientes cuando el menor es mayor de 10 años, ya que éste tiene aptitud para incurrir en culpa (arts. 921 y 1076 del Cód. Civ.). Pero no sucede lo mismo cuando el menor tiene menos de 10 años, por resultar imputable al carecer de discernimiento para los hechos ilícitos, en cuyo caso su obrar pasa a ser objetivamente ilícito³⁴. En este último supuesto no es necesario que la víctima pruebe la culpa del menor, pero si éste tiene más de 10 años deberá probar la existencia de esa culpa, de lo contrario no prosperará la acción³⁵.

En nuestra opinión, más allá de que el menor tenga menos o más de 10 años, no es necesario que cometa un acto ilícito para que haga

³² LLAMBIÁS, *Código Civil anotado* cit.

³³ En igual sentido, SALAS, *Código Civil* cit., citando a la CCCom. de Pergamino, 18-10-95, señala que el art. 1114 del Cód. Civ. no exige la comisión de un acto ilícito, basta con que se produzca un daño, debiendo demostrarse, ineludiblemente, la intervención del menor en el hecho y que aquél lo ha causado.

³⁴ TRIGO REPRESAS y COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, 2ª ed. actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

³⁵ Alterini, Ameal y López Cabana (*Curso de obligaciones*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 176) afirman que el acto ilícito del menor de 10 años únicamente proyecta responsabilidad al padre, tutor o curador, si es objetivamente ilícito.

nacer la responsabilidad paterna aludida; es suficiente la comisión de cualquier acto susceptible de causar un daño a otro, siempre que el perjuicio no provenga de un caso fortuito o de fuerza mayor, como puede ser el supuesto de un menor que, por salvar a un compañero que se está ahogando, le quiebra el brazo. Aquí no cabrían las consideraciones que sobre el tema hemos hecho.

6. *Daño a un tercero*

El artículo 1114 presume la culpa de los padres cuando el menor ha causado un daño a un tercero, y este tercero no es ni el progenitor ni el mismo menor³⁶; ello así porque aquéllos no tienen cabida dentro de ese artículo.

Sin embargo, la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil³⁷ ha realizado una interpretación extensiva del artículo 1114, considerando que si la norma citada consagra un supuesto de responsabilidad “directa” de los padres por los hechos de sus hijos menores de 10 años (como lo considera una buena parte de la doctrina), también lo será cuando el hecho del menor conduzca a la producción de un daño a sí mismo.

V. Tipo de responsabilidad

1. *¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?*

Ésta es otra de las cuestiones en las cuales la doctrina se encuentra dividida. Están quienes sostienen que la responsabilidad de los padres es subjetiva y se basa en la culpa, y quienes fundan dicha responsabilidad en el riesgo creado, dándole a aquélla un tinte objetivista. El fundamento de la reparación por causas objetivas es la introducción de una cosa riesgosa para el medio social, contemplándose la responsabilidad tanto del titular jurídico como del guardián de la cosa³⁸.

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO, ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia* cit., p. 69.

³⁷ CNCiv., sala A, 19-3-93, “Vega, E. B. y ot. c/Messina, Pedro H.”, L. L. 1994-C-469.

³⁸ CHALLJOL, Lilia y GHERSI, Carlos A., *Responsabilidad y relación de causalidad, artículo 1113 del Código Civil*, en L. L. 1988-A-12.

En este orden de ideas, hay quienes sostienen que el fundamento de la responsabilidad paterna por los daños ocasionados por los hijos menores no se halla en la culpa sino en un factor objetivo de atribución; tal factor objetivo estaría dado, ya por el riesgo creado, ya por la necesidad económica de hallar un responsable solvente frente a la víctima del daño³⁹. Es en esta postura en la cual se enrola Mosset Iturraspe⁴⁰ al señalar que, ante las circunstancias de la vida actual, prefiere fundar esa responsabilidad en el “riesgo creado” por la paternidad, no admitiendo las eximentes basadas en la no culpa. Se habla, entonces, de un sistema objetivo de responsabilidad.

Por su parte, Bueres y Mayo⁴¹ dicen que “no puede haber temor en cimentar en el riesgo creado, en su más amplia acepción, esta responsabilidad paterna. Claro está que en el caso no puede pensarse en el riesgo provecho (*cuius commodum, eius periculum*). Ni tampoco podría decirse que el engendrar un hijo es una cosa riesgosa per se. Pero esto último no excluye que los padres por tener que soportar las cargas que emanan de la patria potestad tienen que soportar las consecuencias disvaliosas que generan los daños causados por los hijos”. Señalan, asimismo, que “esta responsabilidad objetiva, aunque no surja, en mera apariencia, de la letra del Código Civil, surge de la música de él”.

Los subjetivistas, en cambio, sostienen que el fundamento de la responsabilidad de los padres se basa en una presunta culpa de éstos, traducida en una infracción a sus deberes de buena educación y vigilancia activa respecto al hijo menor.

Por ello es que esa presunción legal, *juris tantum*, puede ser desvirtuada por los padres, en el supuesto del artículo 1116 del Código Civil, acreditando su ausencia de culpa, invirtiéndose en este caso la prueba de la culpa⁴².

³⁹ STJ de Jujuy, 1-3-84, E. D. 108-670, voto del Dr. Wayar.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* cit., t. III, *Las eximentes*, 1999, p. 307.

⁴¹ BUERES y MAYO, ob. y iug. cit., p. 285.

⁴² STJ de Jujuy, 1-3-84, E. D. 108-670, voto del Dr. Noceti; al respecto, ver la opinión del Dr. Mosset Iturraspe, punto 6.a, infra.

Esther Gómez Calle⁴³, criticando las teorías objetivas, señala que “no es ‘el ser padre’ (esto es, ‘tener hijos’) lo que crea el riesgo, sino la falta de cuidado en la vigilancia del hijo. Entonces, si el presupuesto es la falta, esto es, una omisión negligente (como demuestra, además, el que se admita teóricamente la prueba exoneratoria), ¿para qué acudir a la idea objetiva del riesgo? En definitiva, habrá que concluir que la idea del riesgo creado no aporta nada, ya que la culpa por sí sola basta para fundamentar la obligación de responder”.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el fundamento tradicional de la responsabilidad del padre frente a los hechos cometidos por sus hijos descansa en la “culpa” del padre: formación deficiente, malos consejos, ejemplos deformantes, falta de vigilancia activa. Es decir que la doctrina mayoritaria se inclina por la responsabilidad de tipo subjetiva, no obstante la nota que Vélez Sársfield pusiera al artículo 1114⁴⁴, de la cual se desprendería una responsabilidad objetiva.

Consideramos que no se puede hablar de un factor objetivo de atribución basado en el “riesgo” o en la necesidad de encontrar a un responsable solvente frente a la víctima, pero sí de un factor subjetivo dado por la “culpa” de los padres al infringir los deberes emergentes de la patria potestad que ejercen, deberes a los que hiciéramos referencia en los puntos III y IV de este capítulo.

2. *Responsabilidad directa o por el hecho propio y responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno*

El eje de esta distinción se encuentra en la “autoría” del evento dañoso. Es responsabilidad directa o por el hecho propio la del que “causó” el acto dañoso. Es responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno la del que tiene el deber de reparar el daño que “otra” persona causó o, para decirlo de otra manera, del que otra persona es autora. En este segundo caso, el sujeto no “realizó” la acción dañosa⁴⁵.

⁴³ GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., p. 241.

⁴⁴ “1114. Es una consecuencia del principio general establecido en el artículo anterior”, del cual surge una responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa.

⁴⁵ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil uruguayo* cit., t. XX, p. 114; DE CUPIS, A., *El daño*, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, p. 684; CAZEAUX, P. y TRIGO REPRESAS, F., *Derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, t. 4,

Fuera del ámbito del Derecho positivo argentino, Gamarra ha considerado que “la responsabilidad indirecta no se puede concebir sin estar conectada a una responsabilidad directa: si alguien responde por el hecho ajeno es porque éste es, a su vez, responsable”. Simultáneamente, agrega que el concepto de responsabilidad por hecho ajeno es incompatible con un fundamento en la culpa⁴⁶.

3. *La responsabilidad de los padres. Responsabilidad indirecta*

La responsabilidad de los padres por los daños cometidos por sus hijos menores de edad es indirecta, aunque supone una culpa del padre. El hecho que causa daño al tercero no es ejecutado por él sino por el hijo. De allí que su responsabilidad sea indirecta, pues aquella conducta es ajena al mismo⁴⁷. El padre es considerado autor mediato del daño causado por su hijo menor de edad, es decir, la causa mediata del daño está dada por la acción del hijo que causa daño a terceros, en tanto que la conducta del principal, negligente en la vigilancia, constituye la causa de la causa, esto es, una causa mediata⁴⁸.

En el mismo sentido, señala Esther Gómez Calle⁴⁹ que cuando se habla de responsabilidad de los padres por los actos de los hijos, ello no ha de entenderse en sentido literal sino en el de que, aunque el hijo es quien ocasiona directamente el daño, los padres responden porque indirectamente han contribuido también al resultado lesivo mediante su comportamiento culposos.

aceptando en principio este criterio, lo atenúan al afirmar que “la mayoría de las veces –responsabilidad de los padres, curadores, maestros, etc.– las personas declaradas responsables tienen normalmente una ‘parte’ en la realización del perjuicio y aunque su hecho no haya constituido la causa del daño, no por ello deja de ser una de las condiciones que, de faltar, hubiera obstado a la materialización del evento dañoso”. En un sentido parecido ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 23.

⁴⁶ GAMARRA, ob. cit., cit. por TOBIAS, José W., *Accidentes de tránsito y peatones inimputables (Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de 10 años)*, en L. L. 1994-C-470.

⁴⁷ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 354.

⁴⁸ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado* cit., t. III, *Obligaciones*, 1999, p. 104.

⁴⁹ GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., p. 48.

La responsabilidad del artículo 1114 es un supuesto de responsabilidad indirecta, refleja o por el hecho de otro; una consecuencia del artículo 1113⁵⁰.

Para Gamarra, como vimos, la responsabilidad indirecta requeriría, por esencia, la existencia de dos sujetos responsables⁵¹.

Esta responsabilidad indirecta es unas veces personal y otras subsidiaria o refleja. Es personal de los padres cuando el hijo que causa el daño es menor de 10 años de edad. En este caso, no siendo responsable el autor del hecho por carecer de discernimiento (arts. 907, 921 y 1076 del Cód. Civ.), los padres son responsables por su culpa⁵², y no tienen acción recursoria contra el hijo por el monto de la indemnización pagada a la víctima. En cambio, la responsabilidad indirecta de los padres es subsidiaria o refleja si el menor que comete el acto ilícito es mayor de 10 años y responde por su propio hecho. En este caso, los padres tendrían una acción regresiva contra el patrimonio del hijo (arg. art. 1123 del Cód. Civ.)⁵³.

En sentido concordante se pronunció Belluscio⁵⁴, quien agregó a lo expuesto que en estos casos, por daños causados por un menor de edad mayor de 10 años, el acreedor puede cobrarse indistintamente sobre los bienes del padre o del hijo.

Se podría sostener que es la ley la que, prescindiendo de las reglas en materia de causalidad, alterándolas o desplazándolas, crea como causa el hecho de los padres y, simultáneamente –prescindiendo del verdadero autor–, crea otro autor. Sin embargo, ello significaría introducir una ficción de derecho extraña a la realidad y al régimen legal argentino⁵⁵.

Para Mosset Iturraspe, cabe calificar a la responsabilidad de “in-

⁵⁰ BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 273.

⁵¹ GAMARRA, ob. cit.

⁵² BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit.; en contra HORVATH, P., *La responsabilidad objetiva en el Derecho Privado*, en J. A. del 7-5-70.

⁵³ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit.

⁵⁴ BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit., t. II, 1975, p. 273.

⁵⁵ TOBIAS, *Accidentes de tránsito y peatones inimputables...* cit.

directa” cuando los padres aparecen como únicos obligados al resarcimiento, por el hecho de un hijo de menos de 10 años, aunque destaca sus reservas⁵⁶. El hecho de considerarla “indirecta” radica en la idea de que los padres no son los autores ni tampoco culpables. Postula la atribución de “objetividad o sin culpa”, es decir, responsabilidad con base en la propia potestad, consecuencia ineludible de la condición de padre o madre. Alcanza la responsabilidad a quienes mantengan la patria potestad, convivan, estén separados o divorciados.

4. Tipo de responsabilidad de acuerdo a la edad del menor

A) Daños cometidos por menor de 10 años

Si el menor tuviera menos de 10 años, la responsabilidad de los progenitores por los daños que éstos ocasionen será indirecta y personal, por carecer aquél de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civ.).

Al respecto algunos se han preguntado, ¿causan daño los menores de 10 años? En ese caso, ¿son responsables por sus actos ilícitos? Al mismo tiempo, ¿es importante su “solvencia”?

Sin dejar de aclarar que “razones de política legislativa llevaron a establecer la edad de 10 años como tope de la inimputabilidad, con base en una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario; es decir, se atiende a una ‘edad biológica’, no a la capacidad del menor de entender o querer⁵⁷, prescindiendo de aquélla⁵⁸, no cabe ninguna duda de que los ‘infantes’, por su inmadurez, por su falta de discernimiento para distinguir lo bueno de lo malo, lo conveniente de lo inconveniente, lo lícito de lo ilícito (art. 921 del Cód. Civ.), por

⁵⁶ Mosset Iturraspe dice que las reservas provienen de la explicación que da Barbero: que hay responsabilidad indirecta cuando “nace en la cabeza del menor” y se “propaga automáticamente al responsable indirecto”; en la especie, sería una responsabilidad “sólo indirecta”, con falta o carencia de la directa (en *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 80).

⁵⁷ En cambio, el ordenamiento italiano prescinde de la edad concreta del menor para hacer depender su imputabilidad exclusivamente de su capacidad de entender o querer.

⁵⁸ Conf. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 69.

una parte, y en virtud de la relajación del control paterno, de la vigilancia activa por otro lado, originan daños a terceros". Ello así, a tenor de lo que expone el doctor Mosset Iturraspe, puede decirse que el menor infante es "autor" del daño; se trata de un hecho involuntario, pero suyo, propio, que permite concluir que el menor infante pueda ser considerado responsable en equidad, con base en el artículo 907 del Código Civil⁵⁹, y que la responsabilidad de los padres no sea por hecho propio sino por el hecho ajeno, el del menor infante⁶⁰.

Pizarro y Vallespinos⁶¹ señalan que la equidad se presenta en nuestro Derecho como un nuevo factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo en materia de daño involuntario, o sea, aquel causado por quien obra sin discernimiento, intención o libertad (arts. 921, 922, 936 y 937 del Cód. Civ.). Para que nazca la indemnización de equidad que contempla este artículo, en base a un parámetro objetivo de imputación, es necesario que exista un acto involuntario, que cause un daño a un tercero y que medie relación causal adecuada entre ambos elementos. Es el juez quien tiene la facultad de otorgar el resarcimiento y de fijar discrecionalmente la procedencia de la cuantía de la indemnización, en base a parámetros de equidad, ponderando la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Dijimos que los menores de menos de 10 años pueden ser considerados "responsables" en equidad, de conformidad con lo normado por el artículo 907 del Código de fondo⁶², que se refiere a los daños ocasionados a una persona o bienes, por hechos involuntarios⁶³. Pero

⁵⁹ Sostiene el Dr. Mosset Iturraspe que el fundamento de equidad, que viene a reemplazar a la imputabilidad como presupuesto, no quita que deba hablarse de "responsabilidad" del infante (en *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 68).

⁶⁰ En el Digesto ya figura la distinción entre infantes (niños que no han cumplido los 7 años) e impúberes (niños de 7 a 14 años), equiparándose los primeros a los *furiosi*, precisamente en consideración a su incapacidad de culpa (Digesto de Justiniano, cit. por GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., p. 29).

⁶¹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., t. 2, p. 630.

⁶² En contra BELLUSCIO, ob. cit., p. 273.

⁶³ Art. 907 del Cód. Civ.: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a

en estos casos el juez, más allá de valorar el aspecto intelectual o la madurez del menor, tendrá en cuenta el patrimonio del victimario y el entorno económico y social de la víctima⁶⁴.

En el Derecho alemán, para la decisión conforme a la equidad han de valorarse todas las circunstancias del caso⁶⁵; así, verbigracia, las características de la actuación de los afectados, el grado de discernimiento del menor, la posible participación de la víctima o la entidad de las consecuencias lesivas. No obstante, entre las circunstancias a ponderar, la situación económica de las partes ocupa un lugar fundamental. Al respecto hay que destacar algunas cuestiones: debe mediar entre los afectados un verdadero “desnivel económico”, esto es, una diferencia patrimonial considerable que haga parecer injusto que el incapaz de culpa siga en el pacífico goce de sus bienes, mientras que la otra parte tiene que soportar sola las cargas derivadas del supuesto lesivo⁶⁶.

Por otro lado, opina el doctor Mosset Iturraspe que “el menor de 10 años responde, pero también lo hacen el padre y la madre, siendo ambas *in solidum*. Ello por cuanto la responsabilidad ‘subsidiaria’ –en equidad– del infante, no hace desaparecer la ‘principal’ de los padres, pudiendo la víctima accionar en forma indistinta contra uno o contra otro”. Agrega que si los padres son los que indemnizan, existe a favor de ellos acción de regreso contra el infante, ya que no puede depender de la voluntad de la víctima que pague o no el menor⁶⁷.

En cuanto a la solvencia del menor de 10 años, puede suceder

otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

“Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

⁶⁴ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 71.

⁶⁵ Téngase en cuenta que la responsabilidad por equidad tiene su origen en los Derechos de corte germánico.

⁶⁶ GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., ps. 171/172.

⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 72. Agrega, además, que en el Derecho alemán, cuando el infante paga (art. 829) en virtud de la “subsidiariedad”, puede repetir contra los padres.

que éste sea pobre, o bien, rico, en cuyo caso la solución será diferente. Según Mosset Iturraspe, si es pobre no responde; pero si es rico sí, por los daños que él provoca. Y en caso de que víctima y victimario sean solventes, es decir, ambos sean “ricos”, el autor citado nos da una solución: se mantiene la responsabilidad toda vez que la idea central es no agravar la situación del insolvente⁶⁸.

Según Llambías, el hijo debería contribuir al pago de la indemnización en la medida en que se hubiera enriquecido por el hecho ilícito (art. 907, Cód. Civ.)⁶⁹.

B) *Daños cometidos por mayor de 10 años*

Partiendo de la base de que estos mayores de 10 años son imputables, provistos de discernimiento y voluntad sana, capaces de distinguir lo bueno de lo malo y, en consecuencia, con aptitud para tomar conciencia de la ilicitud del obrar propio, entonces, son siempre responsables, cualquiera sea la situación de la víctima, y también con prescindencia de su desarrollo mental o de su madurez, sin admitir prueba en contra del discernimiento presumido.

La responsabilidad del menor es en estos casos personal, mientras que la de los progenitores es refleja o indirecta.

El damnificado tiene ante sí, entonces, dos responsables: el menor y los progenitores. Podrá accionar contra todos, contra uno o algunos.

Si son demandados los progenitores y el hijo, ellos serán deudores concurrentes, conexos o indistintos. La responsabilidad paterno-filial no es ni solidaria ni subsidiaria⁷⁰.

Vale destacar que los jueces no tienen frente a estos menores facultad discrecional alguna. No pueden, en consecuencia, realizar condenas de equidad. Sí será aplicable la facultad moderadora, también

⁶⁸ MOSSET ITURRASPE, ob. cit.

⁶⁹ Conf. LLAMBIÁS, ob. cit., p. 393, N° 2520-a; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, N° 1397-b, p. 295.

⁷⁰ Aída Kemelmajer de Carlucci, su ponencia en las VI Jornadas de la Magistratura Argentina.

con base en la equidad, atendiendo a las circunstancias del caso, del artículo 1069, segundo párrafo, del Código Civil⁷¹⁻⁷².

C) *Padres menores de edad no emancipados*

En estos casos, dada la corta edad de los progenitores y las posibilidades biológicas de engendrar, el menor, hijo de los menores, no habrá superado normalmente los 10 años. Aquí la responsabilidad por los daños causados por el nieto pupilo recae sobre el tutor (art. 433 del Cód. Civ.)⁷³, no pudiendo recaer sobre quienes carecen de patria potestad.

En esta línea de pensamiento, los padres menores no emancipados no responden por los daños que produzcan sus hijos⁷⁴.

5. *Responsabilidad presunta de los padres*

La responsabilidad que el artículo 1114 del Código Civil atribuye a los padres es meramente presunta, de modo que éstos pueden desvirtuarla acreditando su falta de culpa. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. ¿Y qué deben probar los padres para destruir esa presunción? La interpretación de las normas que rigen sobre el particular llevan a la conclusión de que los padres deben probar que ellos han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos y que la conducta que han observado respecto al comportamiento de éstos es la adecuada a los deberes que la ley les impone en el ejercicio de la patria potestad⁷⁵.

⁷¹ Art. 1069 del Cód. Civ.: "...Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

⁷² MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., ps. 86 y 87.

⁷³ Art. 433 del Cód. Civ.: "El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habiten con él".

⁷⁴ MÉNDEZ COSTA, M. J., *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, en L. L. 1980-A-1032.

⁷⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad*, en L. L. 1988-B-280.

6. Responsabilidad solidaria de ambos padres

Se establece como principio general que ambos padres son solidariamente responsables por los daños cometidos por sus hijos (art. 1114 del Cód. Civ.). Esta responsabilidad subsiste aun ante el abandono del hijo por uno de los progenitores. Aceptar lo contrario sería premiar una conducta contraria a derecho.

En caso de muerte, ausencia, incapacidad o privación de la patria potestad de uno de ellos, la responsabilidad es exclusiva del otro que continúe ejerciendo la patria potestad.

La suspensión del ejercicio de la patria potestad por ausencia de uno de los padres, ignorándose su paradero, no es por sí misma motivo suficiente para desplazar esa responsabilidad hacia el otro; aquí habrá que considerar la causa de esa ausencia y juzgar si ella importa o no el abandono doloso o culpable de sus deberes de vigilancia.

La inhabilitación prevista en los incisos 1º y 2º del artículo 152 bis del Código Civil⁷⁶ y la demencia declarada, que juegan como causales de suspensión del ejercicio de la patria potestad, tampoco implican la irresponsabilidad del progenitor.

Aun si el ejercicio de la patria potestad se ha acordado a uno solo de los padres, por las razones previstas en el artículo 264 del Código Civil --desacuerdos reiterados o cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad--, ambos son responsables del daño injusto.

En los casos de ruptura conyugal o quiebre de la armonía de la convivencia, supuestos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre que ejerce legalmente la tenencia. De ello se hizo eco el artículo 1114⁷⁷.

VI. Eximentes

No obstante los fundamentos de la responsabilidad paterna basados

⁷⁶ Embriaguez habitual o uso de estupefacientes y los disminuidos en sus facultades.

⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., ps. 82 y 83.

en la “garantía social”, en el “deber de reparar por daños ocasionados a inocentes”, en la “solvencia”, etcétera, no siempre los padres resultan responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos. La ley contempla la posibilidad de que aquéllos se eximan de responder frente a las víctimas. Así, del artículo 1116 del Código Civil surgen las causales de eximición al establecer que “Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”.

Esas eximentes, como excepción al principio general del artículo 1114 del Código Civil, deben ser interpretadas restrictivamente. En efecto, teniendo en cuenta que la responsabilidad que establece el artículo 1114 del Código Civil es presuntiva y no taxativa, para desvirtuarla el padre debe probar acabadamente su ausencia de culpa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1116 del Código citado; pero la apreciación de la alegada inocencia del padre se debe efectuar con toda estrictez, volviéndose contra él cualquier duda al respecto⁷⁸.

Cabe preguntarse ¿cuándo cesa la responsabilidad de los padres? La doctrina se encuentra dividida en relación a este tema. Para un sector, cesa la responsabilidad cuando median razones legítimas para la no convivencia, para la falta de una vigilancia activa con base en la “presencia”, aunque no haya otro sujeto que reemplace a los padres en la guarda del menor. Para otro sector, la responsabilidad cesa con motivo del alejamiento del hijo cuando los padres operan la “transferencia de la guarda” al tercero con quien el hijo va a vivir. Y, como una alternativa, otro sector mantiene la responsabilidad de los padres, aun frente a la transferencia de la guarda, en hipótesis diversas: a) cuando el tercero no es idóneo para ejercer la vigilancia (Mazeaud y Tunc, Starck, Le Tourneau, Larroumet, Viney, Rovelli); b) cuando los padres conocen las malas inclinaciones del menor; c) cuando los padres lo confían a un tercero sin prevenirlo acerca de las tendencias agresivas del joven (solución de la jurisprudencia francesa), y d) cualquiera sea el tercero –que puede ser insolvente–, como una “garantía” frente a la víctima⁷⁹.

⁷⁸ SALAS, *Código Civil* cit., t. 4-A, p. 614.

⁷⁹ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 90.

Dentro de las legislaciones que admiten una prueba exoneratoria a cargo de los padres, consistente en demostrar que no se pudo impedir el daño, están los Códigos Civiles francés (art. 1384) e italiano (art. 2048); asimismo, el Código Civil español señala que, para exonerarse, el padre debe demostrar que se empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo (art. 1903). En estos casos, la jurisprudencia en general y parte de la doctrina han venido entendiendo que la responsabilidad de los padres se basa en la presunción de culpa *in vigilando* o *in educando* y que es, precisamente, la inversión de la carga de la prueba el único dato que diferencia esta regla de la norma general que consagra la responsabilidad por culpa⁸⁰. De acuerdo al Derecho alemán, las pruebas que pueden aportar los padres para liberarse de la obligación de responder son, o bien que cumplieron adecuadamente con su deber de vigilancia sobre el hijo menor de edad, o bien que –aunque no lo hicieron así– tampoco una vigilancia adecuada sobre el agente del daño hubiera podido evitar el resultado lesivo, lo cual implica que el infractor de aquel deber puede quedar exonerado de responsabilidad en un caso concreto, por no mediar nexo causal entre el negligente comportamiento y el resultado dañoso⁸¹.

No obstante lo antedicho, las causales de eximición de responsabilidad de los padres están establecidas en nuestra legislación y son las siguientes.

1. *Falta de culpa en la vigilancia del hijo: la “vigilancia activa”*

Una interpretación literal de la letra del artículo 1116 nos llevaría a considerar que los padres sólo podrían liberarse de la responsabilidad acreditando el caso fortuito⁸². Pero la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que los términos de la ley han de interpretarse con la adecuada latitud que supone esta especie de responsabilidad,

⁸⁰ Aquí es notable señalar que la Cour de Cassation francesa ha imposibilitado, prácticamente, la prueba de descargo siempre que el niño que causa los daños sea de escasa edad.

⁸¹ GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., ps. 224/225.

⁸² Así lo entendieron Bueres y Mayo al sostener que, si a resultas del obrar diligente activo del padre, no pudo evitar el hecho dañoso, lo cierto es que el hecho del menor respecto de aquél (del padre) es un caso fortuito (*La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos...* cit., p. 285).

exigiendo la prueba de una “razonable vigilancia y una buena educación”, que estarían comprendidas dentro del término “vigilancia activa” que utiliza el legislador⁸³.

Es importante destacar la opinión del doctor Mosset Iturraspe⁸⁴, quien hace una diferenciación en el alcance del artículo 1116. Señala que el mismo no es de aplicación respecto de los padres cuyos hijos sean menores de 10 años. Como fundamento de su opinión refiere que no es lo mismo el rol del padre frente a un menor con discernimiento que frente a otro sin discernimiento, porque es claro que una criatura no puede comprender el sentido de la educación y los ejemplos que le dan los padres. Es lógico que éstos confíen en un hijo maduro, pero también lo es que no puedan hacerlo frente a un hijo inimputable. La conclusión a la que llega es que si los padres cumplieron su rol, no se causará daño alguno por hechos del menor de menos de 10 años. Allí estará la prueba de la buena educación de los padres, afirmando que si se trata de inimputables no se aplican los extremos de liberación mencionados en el artículo 1116.

En sentido contrario al sostenido por Mosset Iturraspe, Tobías⁸⁵ señala que es claro que la norma del artículo 1116 “consagra una presunción de culpa desvirtuable, sin realizar distinción alguna relacionada con la edad de los hijos cuyos hechos hayan sido causa de daños, y que el actual artículo 1114 tampoco establece diferencia alguna a ese respecto, de manera que los padres podrán liberarse de responsabilidad demostrando los extremos a que aquella norma se refiere, los que se deberán interpretar con criterio restrictivo”. Por otra parte, agrega este autor que acepta la responsabilidad indirecta con fundamento en la culpa (no en la autoría del hecho, que es la causa del daño –que proviene de un tercero–, sino en la educación y vigilancia del menor).

Ello sentado, que exista o no presencia de los padres no es decisivo. La vigilancia activa no es la sola presencia, la circunstancial, “la que

⁸³ KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia* cit., p. 175.

⁸⁴ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores* cit., p. 76.

⁸⁵ TOBIÁS, *Accidentes de tránsito y peatones inimputables...* cit.

pudo haberse empleado en una ocasión”⁸⁶, ni tampoco es la simple vigilancia⁸⁷. No significa estar siempre como un centinela sino que es “educar con la palabra y con el ejemplo, es inculcar al menor el respeto al derecho ajeno, la mesura, la prudencia en el obrar, dando así toda la importancia que debe dársele al factor educativo en la formación y los hábitos de los menores, ello constituye la mejor vigilancia sobre su conducta futura”⁸⁸.

¿“Vigilancia activa” es igual a “vigilancia permanente”? Opinamos que no es necesaria una “vigilancia permanente”, pues semejante control implicaría la necesidad de abandonar las actividades y deberes de los padres vinculados a los requerimientos familiares. Tampoco resulta razonable prohibirle al menor toda actividad.

Lo que importa, en definitiva, son los buenos ejemplos que se le den a los niños, la formación de buenos hábitos y la corrección de malas inclinaciones; también, aconsejarlos acerca del debido comportamiento en la calle; el prevenirlos respecto de la peligrosidad de determinados juegos, como los juegos de manos, los efectuados con fuego, con palos o cañas, o aquellos que comprenden el lanzamiento de flechas, o la práctica de esgrima con cañas o elementos punzantes, etcétera. Es en esto y en los múltiples matices que la vida misma presenta, donde el acento debe ser puesto⁸⁹, y no en la permanente mirada sobre el hijo.

En el Derecho alemán, a los efectos de determinar si se ha cumplido adecuadamente con la obligación de vigilancia, es decisivo lo que unos obligados a la vigilancia prudentes, de acuerdo con unas exigencias razonables, deben hacer para evitar que el menor vigilado infiera daños a terceros. A este fin, no se trata de indagar acerca de si los obligados han satisfecho su obligación en general sino de si, precisamente, en el caso concreto y en relación con las particulares circunstancias que en el mismo desembocaron en la producción ilícita de un daño, adoptaron las medidas de vigilancia necesarias, posibles

⁸⁶ SCJBA, 18-10-60, “Lazzarini c/Bustelo”, L. L. 101-611.

⁸⁷ CNCiv., sala E, 21-5-59, “Valle, O. y ot. c/Sciarrotta, B.”, L. L. 95-51.

⁸⁸ AGUIAR, ob. cit., p. 376.

⁸⁹ GUNTARDT DE LEONARDI y MASSIANO, *Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores* cit.

y exigibles. Por ello, en las sentencias se reitera que la medida de la vigilancia exigida depende de una serie de datos que varían de un supuesto a otro, y que tienen que ver tanto con las peculiaridades del niño de que se trate como con las circunstancias en que se hallen las personas obligadas a su vigilancia y las posibilidades de previsión y de que tuviera lugar efectivamente el evento dañoso. Podemos decir, entonces, que la medida de la vigilancia, para el Derecho alemán, se determina conforme a la edad, carácter y otras peculiaridades del menor, así como lo que resulta exigible a los obligados a su vigilancia, teniendo en cuenta su situación personal y económica y, finalmente, atendiendo también a otras circunstancias relevantes respecto a la entidad y previsibilidad de la producción del daño en el caso concreto. Los datos a ponderar pueden, por consiguiente, ordenarse en torno a tres criterios: caracteres del menor, situación de los obligados a la vigilancia y las que podrían denominarse “circunstancias objetivas” del supuesto.

La línea seguida por los tribunales españoles es la de que la misma producción del daño por el hijo menor de edad demuestra que los padres no adoptaron todas las medidas precisas y exigibles para su evitación y, por consiguiente, su culpa. Las circunstancias concretas del caso, mencionadas precedentemente como tenidas en cuenta por los tribunales alemanes, generalmente son obviadas en las sentencias españolas⁹⁰.

2. *Transmisión de la guarda*

Existe una situación especial que exige a los padres y está contemplada en el artículo 1115, el cual reza: “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”.

Para que la transmisión de la guarda a la que se refiere la norma citada produzca la eximición de la obligación de reparar, aquélla debe

⁹⁰ GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres* cit., ps. 319/320, 323, 349.

ser circunstancial⁹¹, legítima⁹², permanente⁹³, y la persona del guardador debe ser independiente del padre⁹⁴, tal como lo sería la autoridad militar⁹⁵ o eclesiástica, en algunos casos.

3. *Caso del menor que trabaja*

El artículo 128 del Código Civil ha contemplado dos supuestos: 1º) el menor que ha cumplido 18 años y que trabaja en actividad honesta, y 2º) el menor adulto que ejerce profesión mediante título habilitante. De modo que, en el segundo supuesto, no es requisito haber cumplido 18 años; la obtención del título habilitante presume cierto grado de madurez que hace aplicable la disposición legal en comentario. En este caso, "la pericia suple la falta de edad"⁹⁶.

⁹¹ Llambías señala que los padres que de hecho han transmitido la autoridad y poder que tienen sobre el hijo a otra persona, sólo pueden hacerlo para un cometido específico, como sería el de llevar a su hijo a la escuela. De otro modo habría una implícita delegación de la patria potestad y, como ella es indelegable, no resulta admisible jurídicamente.

⁹² Es decir, practicada en beneficio del hijo, y como un modo del cumplimiento del deber de educarlo y vigilarlo. No sería legítima ni exoneraría al padre si éste se despreocupara por conocer qué es lo que su hijo hace, quiénes y cómo son sus guardadores, resultando más grave si el progenitor conociera la falta de aptitud de las personas a quienes delega esa guarda (LLAMBIÁS, ob. cit.).

⁹³ El art. 1115 requiere, además, que el menor quede de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. Si dicha guarda es aislada, ocasional, transitoria o momentánea, no existe desplazamiento de la misma.

⁹⁴ Si aquél fuese su dependiente, no existiría tal desplazamiento. Es el caso en que el menor es dejado al cuidado de un criado mientras el progenitor trabaja; aquí no hay delegación de la guarda, pues ésta permanece en cabeza del padre, quien será responsable frente a terceros, sin perjuicio de la obligación concurrente del dependiente si se demostrara su culpa personal y la relación de causalidad entre la conducta negligente y el daño (KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO y ZAN-
NONI, ob. cit.).

⁹⁵ Bustamante Alsina señala que no existiría tal transferencia de la guarda en relación a los actos ajenos al servicio militar y fuera del tiempo de prestación de los mismos. En esos casos, el padre reasume sus poderes de vigilancia y le es atribuida la responsabilidad por los daños que ocasione el menor y fuera de aquellas circunstancias condicionantes de la delegación de la guarda (*Teoría general de la responsabilidad* cit.).

⁹⁶ DA CUNHA GONÇALVES, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La capacidad civil del menor que trabaja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 20.

El menor que desarrolla alguna actividad laboral, conforme lo dispone el artículo 128 del Código Civil, continúa bajo el poder de los padres. Pero la “responsabilidad refleja” de estos últimos pierde fuerza ante la existencia de un hijo trabajador subordinado o profesional. La vigilancia activa, a la que hiciéramos referencia con anterioridad, desaparece sobre los actos de estos hijos, que incluso podrían realizar esas actividades en contra de la voluntad de los progenitores. Éstos, entonces, no serán responsables por los actos de sus hijos, salvo que los daños no estén relacionados con dichas actividades⁹⁷. Es que el hijo que trabaja fuera de la casa actúa bajo su exclusivo control.

Desde la óptica “objetiva”, no resulta tan clara la eximente invocada del trabajo ni tampoco que la responsabilidad del patrón, por los hechos cometidos “con motivo o en ocasión” del trabajo (art. 43 del Cód. Civ.), desplaza la de los padres. La mayoría de la doctrina entiende que “ambas responsabilidades –del padre y del comitente– se excluyen”, ya que la vigilancia, activa y permanente, pasa al patrón.

¿Qué ocurre si el menor provoca un daño trabajando con el padre o la madre? La doctrina entiende que se suman las dos responsabilidades y que la víctima podrá optar por la del hecho ajeno, propia del dependiente, o por la de los padres⁹⁸. No obstante lo expuesto, el artículo 279 del Código Civil dispone: “Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad”. Sin embargo, algunos autores sostienen que el hijo mayor de 18 años podrá celebrar contrato de trabajo con su padre, cualquiera sea la actividad que preste⁹⁹.

En cuanto a la llamada “emancipación” o “autorización” para ejercer el comercio, nuestra doctrina no fue uniforme. Si bien la misma está controvertida, la mayoría sostiene la irresponsabilidad paterna¹⁰⁰.

⁹⁷ Conf. CNCiv., sala E, “Sancor Coop. Seg. c/Elizalde”, 13-3-78, J. A. 1979-III-497.

⁹⁸ Conf. MOSSET ITURRASPE, ob. cit., nota en ps. 106 y 107.

⁹⁹ En esta postura se enrola la Dra. Kemelmajer de Carlucci, al respecto ver su trabajo *La capacidad civil del menor que trabaja*, p. 59.

¹⁰⁰ Méndez Costa, Kemelmajer de Carlucci, Salvat-Acuña Anzorena, Smith, Llamabías. En contra, De Gásperi, Aguiar, Trigo Represas-Compagnucci de Caso, quienes sostienen que “la autorización para ejercer el comercio no tiene los efectos de la emancipación, por lo cual los progenitores conservan la patria potestad y se mantiene a su respecto la responsabilidad indirecta del Código Civil”.

Por su parte, Bustamante Alsina afirma que “la habilitación de edad concede al menor capacidad para ejercer actos de comercio, pero es extraña al sistema de responsabilidad civil extracontractual, que se rige por los principios generales que no son derogados en este caso”. Y citando a Borda concluye: “Una cosa es su responsabilidad contractual, respecto de la cual obra como emancipado, y otra su responsabilidad por hechos ilícitos. En este punto debe reputarse que el deber de vigilancia paterno se mantiene y que los padres son responsables”¹⁰¹.

En el mismo sentido, Bueres y Mayo¹⁰² entienden que en caso de “emancipación comercial” (art. 10 del Cód. Com.), los padres mantienen la patria potestad. Coincidimos en afirmar que, dada esta situación, la responsabilidad de los progenitores subsiste en general y sólo cesa frente a actos ilícitos *lato sensu* que tengan una razonable vinculación con la actividad mercantil¹⁰³. Concluyen diciendo que un criterio similar debe adoptarse para contemplar la situación de los padres cuando los hijos celebran contrato de trabajo o ejercen una profesión con el alcance que informa el artículo 128, segundo y tercer párrafos.

Tratándose de menor “emancipado por matrimonio”, que para el ejercicio del comercio requiere igualmente de autorización paterna, la exclusión de responsabilidad resultará de esta autorización y no de la emancipación legal, que sólo proyecta sus efectos sobre la esfera de las relaciones civiles (art. 131 del Cód. Civ.)¹⁰⁴.

En caso de duda acerca de si el daño está o no comprendido dentro de la actividad laboral o profesional del menor, debe resolverse el problema a favor de la tesis negativa, dejando subsistente la responsabilidad paterna prevista en el artículo 1114 del Código Civil. La solución se funda en que, siendo las excepciones de interpretación restrictiva, en caso de duda debe estarse por la vigencia de la regla general¹⁰⁵.

¹⁰¹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 358.

¹⁰² BUERES y MAYO, ob. y lug. cit., p. 285.

¹⁰³ En el mismo sentido, SMITH, J. C., *La responsabilidad por el hecho de los incapaces*, en E. D. 99-787.

¹⁰⁴ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 153.

¹⁰⁵ LLAMBÍAS, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La capacidad civil del menor que trabaja* cit., p. 112.

4. *Caso del menor que conduce un automóvil de su propiedad*

Vemos con frecuencia que menores de edad conducen automóviles. Claro que muchos de ellos lo hacen con la habilitación correspondiente. Es más, muchos de ellos también lo hacen en autos de su propiedad. ¿Son responsables los padres por los daños que ocasionen sus hijos menores en esas circunstancias?

Para Bustamante Alsina¹⁰⁶, en este caso, la responsabilidad del menor es directa y es excluyente de la del padre¹⁰⁷ desde que el menor tiene la constancia oficial de su aptitud para manejar, la cual es prueba suficiente de que el padre no ha incurrido en culpa alguna que signifique violación de sus deberes de cuidado y vigilancia respecto a la conducta del menor.

Coincidimos con esta opinión, ya que es la autoridad administrativa la que determina de antemano que el menor es apto para conducir vehículos, es decir, que está técnica y conceptualmente preparado para hacerlo, con lo cual nada puede reprochársele a los padres si su conducta es indebida y produce un daño a terceros. No hay imprudencia de los progenitores que no se opusieron a que el hijo condujera el vehículo, desde que éste ya cuenta con la autorización legal para hacerlo. Por ello, la autorización municipal es la mejor prueba que tienen para exonerarse.

Sin embargo, hay quienes dicen que la obtención de la licencia de conducir solamente hace presumir –casi con la fuerza de un indicio necesario– de quien salió airoso de los exámenes que precedieron su entrega por la autoridad administrativa, el mínimo de aptitud conductiva y de conocimiento de las leyes de tránsito que el Estado exige de sus ciudadanos para habilitarlos a circular al comando de un vehículo por las calles y rutas de nuestro territorio. Concluir, entonces, que de tal

¹⁰⁶ BUSTAMANTE ALSINA, *Límites legales...* cit.

¹⁰⁷ Coincidentemente con el voto de la señora jueza Dra. San Martín (CCCom. de Mercedes, sala I, 24-11-87, “Palazzo, Alberto D. c/Rauch, Isidoro A. y ot.”, L. L. 1988-B-280), al que adhirieron los otros dos integrantes del tribunal, el que declaró que tratándose de un menor adulto que manejaba su propio automóvil habilitado administrativamente para ello, no puede achacarse imprudencia al padre por no oponerse al manejo del vehículo por su hijo, ni inculparlo por ello.

aptitud y conocer se desprenda necesariamente que los padres de aquel menor están exentos de todo reproche por el obrar de éste a bordo del automotor, desde que aquella autorización hace caer la presunción de culpa *in vigilando* e *in educando* que da fundamento a la responsabilidad que el legislador les atribuye por los daños que cause su hijo, resta un largo trecho¹⁰⁸.

En nuestra opinión, no nos parece justo responsabilizar a los padres cuando el menor es el dueño de la cosa con la que se produce el daño y además cuenta con el registro habilitante que demuestra idoneidad para el manejo. No se puede hablar en estos casos de omisión a los deberes de cuidado y vigilancia¹⁰⁹.

No obstante lo dicho, se ha resuelto que si bien una corriente jurisprudencial y doctrinaria sostiene que la presunción de culpa de los progenitores declina hasta desaparecer cuando se trata de un menor adulto que maneja su propio automóvil y se encuentra habilitado administrativamente para ello, no se encuentra la férrea e insorteable conexión lógica que dicho pensamiento parece encontrar entre la obtención por el hijo de su licencia para conducir y la desaparición de la responsabilidad refleja de los padres por los daños que aquéllos causen a bordo de un automotor¹¹⁰.

Ahora bien, no es la misma conclusión si el automóvil es de propiedad del padre. En este supuesto su responsabilidad se vería ciertamente comprometida, no como consecuencia de la patria potestad y

¹⁰⁸ Conf. C1^aCCom. de La Plata, sala III, 14-9-99, "Blanco de Ballarini, José s/Ds. y ps."

¹⁰⁹ Es interesante la propuesta que surge del fallo dictado el 5-7-83 por la CCom. de San Nicolás (en autos "Peroni, F. c/Ordóñez, N. s/Ds. y ps."). Allí sostiene el juez Dileo que, dado el uso y abuso de los automotores en manos de menores de edad, y siendo lícita la conducción habilitada a partir de los 18 años, la responsabilidad paterna fundada en una imputabilidad subjetiva no se adecua, al menos respecto de los accidentes automovilísticos, con la realidad de la vida. Por ello, hasta tanto no se consagre una responsabilidad objetiva, prescindente de la culpa de los padres, es necesario y conveniente al interés social que los jueces extremen el rigor para juzgar la imposibilidad de impedir el daño, aspecto negativo, o la vigilancia activa, aspecto positivo, siendo la demostración de tales extremos a cargo de quien pretende excusar su responsabilidad.

¹¹⁰ Conf. C1^aCCom. de La Plata, sala III, 14-9-99, "Blanco de Ballarini c/Demarco, José s/Ds. y ps."

del deber impuesto por el 1114 del Código Civil, sino como efecto de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa que establece el artículo 1113 del Código de fondo en relación al dueño o guardián de la misma.

¿Qué sucede si el padre autoriza al hijo a manejar un rodado sin el registro habilitante? Creemos que la cuestión es distinta de aquella que se presenta cuando el padre da el consentimiento para que el hijo gestione y obtenga la habilitación municipal correspondiente. En este caso el padre ejercerá adecuadamente sus deberes de vigilancia y, por ello, no es responsable. En cambio, en el primer caso violó esos deberes actuando imprudentemente.

Se ha resuelto que si un menor de 15 años, sin registro, tomó el vehículo, resulta claro que no ha aprehendido las reglas mínimas que impone el acatamiento legal, y ello supone una severa falta en el cuidado y la educación. Violar las normas reglamentarias es demostrar una evidente falencia educativa sin atender al Derecho, en tanto regla de convivencia social imprescindible¹¹¹.

Una visión de esta problemática, comprometida con la realidad de la familia actual y de las relaciones paterno-filiales, impone extremar las exigencias en cuanto se trate de la apreciación de la inoquencia de los padres. Aun considerando que los progenitores les imparten una buena educación a sus hijos e inculcan hábitos morales a los mismos, la distensión producida en la rígida autoridad paterna de antaño, los nuevos hábitos de vida de los jóvenes, hacen que la vigilancia activa de aquéllos sobre éstos se presente en la actualidad sumamente debilitada y aun dificultosa. En este estado de cosas, las víctimas no deben caer en el desamparo, pues cuando el menor causante del daño ha tenido acceso al manejo de un automotor potencialmente dañoso –máxime si el mismo carece de seguro–, e independientemente de su habilitación para conducir, los progenitores que lo han permitido deben responder por los propios deberes que nacen de su condición de tales¹¹².

¹¹¹ Conf. CCCom. de San Martín, sala I, 26-12-96, “Bartone, R. c/Guerra, J. s/Ds. y ps.”

¹¹² Del fallo de la C2^aCCom. de La Plata, sala 2^a, 28-9-99, “Enrique de Ríos, A. y ot. c/Di Rocco, A. y ot. s/Ds. y ps.”

También hay jurisprudencia que establece que es el padre quien debe responder (conf. art. 1116 del Cód. Civ.) cuando su hijo de 15 años de edad a la fecha del siniestro, provocó un daño en circunstancias en que se llevó el automotor en horas de la noche para ir a bailar en compañía de amigos. Ello demuestra que no ha tenido una vigilancia activa sobre su descendiente¹¹³.

VII. Cuestiones procesales

1. *Prescripción de la acción*

En las relaciones externas, la demanda intentada contra el hijo “no interrumpe el curso de la prescripción de la acción contra los progenitores ni se produce ninguno de los efectos secundarios de la solidaridad previstos en los artículos 707 y concordantes”¹¹⁴.

2. *Legitimación pasiva del menor impúber*

Tal como se desprende de la normativa del Código Civil, este menor, que es considerado persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30, Cód. Civ.), gozaría de capacidad para ser “parte”¹¹⁵ desde su concepción en el seno materno (art. 70, Cód. Civ., y su nota); pero carece de la capacidad procesal, o sea de la aptitud necesaria para realizar, por sí mismo, actos procesales válidos, puesto que no tiene discernimiento, de acuerdo a lo normado en el artículo 921 del Código Civil, y porque –teniendo incapacidad absoluta según el artículo 54, inciso 2º, del mismo cuerpo legal– sus actos jurídicos son nulos (art. 1041, Cód. Civ.).

Como el menor impúber no puede estar en juicio en forma per-

¹¹³ Conf. CCCom. de Quilmes, sala 1, 3-9-99, “Mansilla, F. c/Álvarez, S. s/Ds. y ps.”

¹¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, ponencia cit.

¹¹⁵ Entendido como aquellas personas que, de hecho, intervienen o figuran en la litis como sujetos activos o pasivos de una determinada pretensión, independientemente de la titularidad de la relación sustancial controvertida, de donde resulta que el rechazo de dicha pretensión no afecta tal calidad en cuanto a aquellas personas (físicas o de existencia ideal) que la hayan deducido o hayan sido sujetos pasivos de la misma (conf. PALACIO, Lino y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, t. 2º, p. 320).

sonal¹¹⁶, los representantes necesarios establecidos en el artículo 57 del Código Civil¹¹⁷ deben actuar en su lugar, sin perjuicio de la representación promiscua que el Código Civil le otorga al Ministerio de Menores, por imperio de sus artículos 59 y 493, bajo pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que tuviere lugar sin su participación.

Para el caso de la representación judicial paterna del menor impúber, ésta debe llevarse a cabo en forma conjunta si se trata de un padre y una madre unidos en matrimonio vigente, o bien estará en manos de uno o de otro, de acuerdo a cuál de los dos ejerza la titularidad de la patria potestad, ya se trate de padres matrimoniales separados o divorciados vincularmente o de padres extramatrimoniales¹¹⁸.

3. Legitimación pasiva del menor adulto

Distinto es el caso del menor adulto, quien puede decirse goza de capacidad procesal, es decir, que puede estar en juicio por sí, pero nada impide que también pueda actuar el padre en su representación. Así lo entiende Busso¹¹⁹, quien afirma que tanto cuando el hijo es “actor” como cuando es “demandado” puede comparecer en juicio por sí, autorizado por su padre, o actuar éste en representación del menor. Bossert y Zannoni¹²⁰ coinciden en este aspecto con el autor precitado, al igual que Llambías¹²¹, quien opina que el menor adulto puede actuar también como demandado, considerando que nada obsta para ello porque “el objeto de la autorización es que sea concedida cuando se

¹¹⁶ BORDA, *Tratado...* cit., t. II, *Familia*, 1977, p. 189.

¹¹⁷ Art. 57 del Cód. Civil: “Son representantes de los incapaces: 1º) de las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2º) de los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3º) de los dementes o sordomudos, los oradores que se les nombre”.

¹¹⁸ NOVELLINO, Norberto, en MOSSET ITURRASPE, D'ANTONIO y NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores...* cit., p. 260.

¹¹⁹ BUSSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 604.

¹²⁰ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 319.

¹²¹ LLAMBIÁS, *Código Civil anotado* cit., p. 945.

estime que el menor tiene suficiente capacidad como para ejercer la defensa de sus derechos, y esto será válido tanto si es actor como si es demandado”.

Una corriente contraria, impulsada por la doctora Nora Lloveras¹²², fundándose en el carácter de excepción a la regla de representación necesaria de los padres, sostiene que se le debe atribuir un carácter restringido al artículo 282 del Código Civil (ley 23.264), agregando que los efectos patrimoniales de un juicio donde se actúa como demandado son más gravosos que aquellos donde se interviene como demandante. Refiere asimismo que se ha optado, en definitiva, por la posición que estima que el menor adulto no puede actuar como demandado en juicio civil por sí mismo ni con autorización de los padres.

Creemos importante destacar que no cabe extender la condena del hijo menor al padre (art. 1114, Cód. Civ.) si la demanda sólo fue dirigida contra aquél, no habiendo sido incorporado al proceso como legitimado pasivo quien contesta la demanda en ejercicio de la patria potestad¹²³.

4. *Carga de la prueba*

Al abordar este tema debemos distinguir si quien produjo el daño a un tercero es un menor de menos de 10 años o de más de esa edad, pues distinta será la solución. En efecto, si el autor del hecho tiene menos de 10 años, el damnificado no tendrá que probar la culpa del agente; pero si se trata de un daño provocado por un mayor de 10 años, no presumiéndose la culpa del menor, la carga de la prueba al respecto deberá recaer sobre quien lo alegue o invoque¹²⁴.

¿Y qué sucede con los padres? Tal como lo venimos reflejando en este trabajo, creemos que no existen discrepancias con respecto a que pesa sobre los padres la carga de la prueba de la asunción de todas las diligencias debidas en cuanto a educación y vigilancia. Es

¹²² LLOVERAS, Nora, *Patria potestad y filiación*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 233.

¹²³ SCJBA, 21-4-98, “Gutiérrez, M. c/Fuscaldo, M. s/Cobro de pesos”, D. J. B. A. 155-263.

¹²⁴ Conf. CCCom. de Morón, sala II, 26-9-95, “Ravazzi, A. c/Moreno de Jiménez, H. s/Ds. y ps.”

que la sola comisión del daño por el menor hace presumir que la vigilancia no ha sido suficiente. Por lo tanto, para eximirse de responder frente al damnificado inocente, los padres deben demostrar que han tenido sobre su hijo una vigilancia atenta, a fin de impedir que, con la imprudencia propia de sus pocos años, pueda causar daños a terceros, prohibiéndole el ejercicio de actividades peligrosas y adoptando las medidas necesarias para evitar desobediencias.

En definitiva, es el padre quien debe probar acabadamente su ausencia de culpa de acuerdo a lo establecido por el artículo 1116 del Código Civil, no obstante los reparos que existen sobre la interpretación y alcance de esta norma, y la prueba eximente, de interpretación restrictiva (volviéndose, inclusive, en su contra cualquier duda al respecto)¹²⁵, debe versar siempre sobre la vigilancia, cuidados y educación, y ella no admite una genérica referencia a los principios educacionales.

En el mismo sentido, Pizarro y Vallespinos¹²⁶ señalan que, en estos casos, “es la propia ley la que dispone la inversión de la carga de la prueba, estableciendo una presunción normativa *iuris tantum* de culpabilidad y la consiguiente inversión de la carga probatoria. Se procura con ello favorecer la posición del damnificado, poniendo en cabeza del sindicado como responsable la prueba del obrar diligente (arts. 1114 y 1116 del Cód. Civ.)”.

Puede suceder que el daño sea ocasionado por el menor con una *cosa*. En estos supuestos, la víctima debe acreditar solamente el daño sufrido y el contacto con la misma, es decir, el perjuicio, y que el mismo provino directamente de la cosa; será el emplazado, pues, quien, como dueño o guardián, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa o que la hubo en menor grado, para eximirse de responsabilidad o disminuir la que se le atribuye¹²⁷.

Creemos que la solución al punto, en este supuesto, está dada por

¹²⁵ Conf. C1°CCom. de La Plata, sala III, 14-9-99, “Blanco de Ballarini c/Demarco, José s/Ds. y ps.”

¹²⁶ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* cit., p. 623.

¹²⁷ CNCiv., sala A, 19-3-93, “Vega, E. B. y ot. c/Messina, Pedro H.”, L. L. 1994-C-469.

la conjugación de los artículos 1067, 1068, 1109 y especialmente el 1113, segundo párrafo, del Código Civil.

VIII. Proyecto de Código Civil de 1998

Ante la dinámica del Derecho, creemos oportuno hacer referencia, en forma breve, a este importante Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998 que, en materia de responsabilidad civil, se apoya en algunos ejes fundamentales: la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, la prevención, la dilución del requisito de antijuridicidad, la expansión de la responsabilidad objetiva, la limitación cuantitativa de esta responsabilidad.

La prevención tiene un lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendientes a instarla y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto depende de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, y de no agravar el daño, si ya se ha producido. Si el sindicado como responsable adopta las medidas de prevención, se lo autoriza para liberarse cuando el daño proviene de cosa sin riesgo propio, así como a prevalecerse de ciertos topes cuantitativos a la indemnización.

Asimismo, se prevén reglas para la carga de la prueba del daño, de los factores de atribución y de la relación causal. Respecto de los factores de atribución, se da al tribunal la facultad de distribuirla conforme a las circunstancias del caso, criterio que parece preferible a la rígida sujeción a la idea de carga probatoria dinámica que propuso el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

Respecto a la capacidad de los menores, se introduce una importante reforma: el artículo 20 establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

En cuanto a las disposiciones relativas al instituto de la patria potestad, las reformas introducidas no son de relevancia, en su mayoría se refieren a la redacción del articulado.

Entrando en el tema que nos ocupa, responsabilidad civil de los

padres por los daños causados por sus hijos, el mismo está regulado en el Libro Cuarto, Título Cuarto, Capítulo Uno, Sección Novena del Proyecto.

El artículo 1657 reza: “Toda persona responde por el hecho que compromete la responsabilidad directa de los terceros que están bajo su dependencia, o de los que autoriza para actuar en el ámbito de su propia incumbencia, se sirve u obtiene provecho. La responsabilidad abarca el daño causado en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

En cuanto a los hechos de los hijos, el artículo 1658 dispone que el padre y la madre responden concurrentemente por el daño causado por sus hijos menores no emancipados que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tienen discernimiento.

El progenitor no se libera aunque el menor no conviva con él, si ello deriva de una causa que le es atribuible.

Respecto a las tareas independientes de los hijos, dispone el artículo 1659 que los padres no responden: a) por el daño causado por sus hijos en el ejercicio de su profesión, de funciones remunerables encomendadas por terceros, o de aprendizaje permanente o transitorio, y b) por el incumplimiento contractual de sus hijos.

En cuanto a la acción que tienen los legitimados activos para accionar por responsabilidad, el artículo 1692 dispone que los mismos tienen derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra los responsables directos e indirectos.

Se hacen dos agregados: uno respecto al reintegro que el responsable indirecto tiene derecho a obtener del autor del hecho dañoso del valor total de lo erogado para la reparación del daño, si éste es responsable conforme a las normas legales. El segundo se refiere a la liberación del responsable directo en caso de que la sentencia definitiva libere al sindicado como responsable indirecto o concurrentemente por ausencia de responsabilidad del responsable directo, aunque éste no haya recurrido el fallo condenatorio.

Actualmente, este proyecto está en estudio de la Comisión Bicameral.

IX. Conclusiones

- En principio, los padres sólo responden por sus hijos menores que se hallen bajo su patria potestad.
- Los padres no son responsables de los perjuicios ocasionados por hijos emancipados por matrimonio o por habilitación de edad.
- Es requisito ineludible para el nacimiento de esta responsabilidad que los hijos menores habiten con ellos.
- No es necesario que se trate de un acto ilícito, basta con la comisión de un daño a un tercero.
- La responsabilidad en estos casos es subjetiva, por la “culpa” de los padres al infringir los deberes emergentes de la patria potestad que ejercen.
- Esta responsabilidad es indirecta, aunque supone una culpa del padre. En ocasiones es personal –cuando el menor tiene menos de 10 años–, y cuando el menor es mayor de 10 años, es refleja o subsidiaria.
- Si el daño es causado por un menor de más de 10 años de edad, la víctima tiene dos responsables: el menor autor del daño, por su responsabilidad personal por el hecho propio, y los padres, en las condiciones generales que determinan su responsabilidad indirecta por el hecho ajeno.
- Si el padre paga la indemnización por el daño causado por el hijo, tendrá acción recursoria si éste es mayor de 10 años, y no la tendrá si es menor de esta edad, salvo que con el hecho se hubiese enriquecido el autor, caso en el cual el padre tendrá una acción fundada en el enriquecimiento sin causa (art. 907 del Cód. Civ.); de igual modo y fundada en la misma norma tendrá el padre acción recursoria, aun cuando el hijo no se hubiese enriquecido, y teniendo en cuenta la importancia de su patrimonio y la situación personal del que pagó la indemnización (razones de equidad; art. 907 cit.).
- El menor de más de 10 años es siempre responsable, con prescindencia de su desarrollo mental o de su madurez, sin admitir prueba en contra del discernimiento presumido. Su responsabi-

lidad es personal y subsidiaria de la de los padres, que es a su vez refleja o indirecta.

- La responsabilidad que establece el artículo 1114 del Código Civil es presuntiva y no taxativa. Para desvirtuarla, el padre debe probar acabadamente su ausencia de culpa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1116.
- En principio, ambos padres son solidariamente responsables.
- Las causales de eximición de los padres comprenden: la falta de culpa en la “vigilancia activa”, la transferencia de la guarda, el caso del hijo trabajador, quien continúa bajo el poder de los padres (art. 128 del Cód. Civ.), salvo que los daños no estén relacionados con las actividades laborales.
- El menor impúber no puede estar en juicio en forma personal; en consecuencia, los representantes necesarios, establecidos en el artículo 57 del Código Civil, deben actuar en su lugar, sin perjuicio de la representación promiscua que el mismo cuerpo legal le otorga al Ministerio de Menores, por imperio de sus artículos 59 y 493.
- El menor adulto puede estar en juicio por sí, autorizado por sus padres, o representado por éstos.
- Si el autor del hecho tiene menos de 10 años, el damnificado no tendrá que probar la culpa del agente; pero si se trata del daño provocado por un mayor de 10 años, no presumiéndose la culpa del menor, la carga de la prueba al respecto deberá recaer sobre quien la alegue.
- Es el padre quien debe probar acabadamente su ausencia de culpa, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1116 del Código Civil.