

Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial

Plovanich, María Cristina

Publicado en: RCyS 2015-IV , 167

Sumario: I. Introducción.— II. Factor de atribución.— III. Eximentes. IV. Legitimados pasivos. V. Requisitos.— VI. Conclusiones.

Cita Online: AR/DOC/339/2015

Voces

El derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación —en sentido jurídico— de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama "responder" o ser "responsable" o tener "responsabilidad" por el daño padecido por otra persona.

I. Introducción

Al referirnos a este tema, tanto a la luz del Código Civil sustituido como a la del Código Civil y Comercial unificado de reciente sanción, hablamos de menores que ocasionan daños, cuestión delicada, sensible, que cala hondo en la sociedad. Lamentablemente las noticias nos informan cada día de nuevos episodios donde intervienen niños o adolescentes en la causación de perjuicios, ya sea por violencia en las escuelas, peleas entre grupos de jóvenes, accidentes de tránsito, muchas veces con influencia de alcohol, etc.; la cuestión presenta, lamentablemente, gran vigencia y debiera ser asumido desde una perspectiva no solo jurídica, sino sociológica, psicológica, educativa, médica, es decir tratamiento interdisciplinario, que implique políticas de Estado.

Desde lo jurídico, este aspecto del derecho de daños encuentra estrecha vinculación con el derecho de familia. No es tarea simple combinar estos ámbitos que han recibido el impacto de cambios culturales que se reflejan por un lado, en una disminución de la severa autoridad paterna, nuevas conformaciones familiares, aceptación de relaciones diferentes a las tradicionales en el seno de las mismas, lo cual ha traído como consecuencia menor posibilidad de compartir aspectos de la vida cotidiana, y por ende disminución en la posibilidad de vigilancia y mayor autonomía en el actuar de los hijos; y por otra parte, hay un aumento de las acciones por daños y perjuicios, las que se resuelven con un criterio interpretativo de tutela a las víctimas de daños injustos. En consecuencia, cuando en la producción del daño interviene un menor resulta dificultoso para los magistrados calificar sin más como negligentes las conductas de los padres, a la vez que son conscientes de que alguien ha sufrido un daño que generalmente no tiene por qué soportar.

En este marco, algo sí es seguro: las consecuencias que puede acarrear la discrecionalidad en la actuación de la vida privada y la relajación de las costumbres que inciden en la familia actual, no deben ser desplazadas a terceros ajenos a ella.

Las razones expuestas probablemente incidieron para que la responsabilidad paterna tal como estaba fijada en el Código Civil sustituido en los arts. 1114, 1115 y 1116, fuera revisada. Era necesario poner en claro si los cambios socio-culturales y familiares producidos eran receptados por la normativa específica y si las respuestas que se obtenían a partir de su aplicación resultaban valederas, y por tanto no era necesario introducir variaciones, o si por el contrario, se producían desajustes o desadaptaciones que los jueces superaban por vía interpretativa pero que en realidad ameritaban una reforma legislativa. Era tarea oportuna determinar si las normas jurídicas que han sido dictadas para contextos familiares y sociales que se desenvolvían conforme los parámetros del siglo XIX y principios del XX, resultaban adecuadas a la realidad de estos tiempos.

Este supuesto especial de responsabilidad, al igual que todo tema vinculado a Daños, tiene como punto de encuentro un principio clásico del Derecho, al que hoy se le reconoce jerarquía constitucional: no dañar a otro. Según el momento histórico y el país que se considere hay variaciones en cuanto al factor de atribución o fundamento legal que justifica la responsabilidad, pero la necesidad de encontrar respuesta o satisfacción al interés afectado por el daño injustamente sufrido estuvo siempre presente. Creo que con ese criterio trabajó la Comisión redactora del Proyecto de Código 2012, y entendió que era conveniente modificar las normas que rigen este supuesto especial; así lo reflejan los arts. 1754 y 1755 del Código Civil y Comercial argentino del año 2014.

Analizaré a continuación algunos de los aspectos centrales sobre los que se introdujeron modificaciones, primero se hará referencia al régimen aun vigente y luego al nuevo:

- Factor de atribución que justifica la obligación de los padres.
- Eximentes previstos.
- Legitimados pasivos o personas responsables.
- Requisitos.

II. Factor de atribución

a) En el Código Civil argentino.

El Código Civil argentino en el art. 1114, determina que: "El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese al cuidado del otro progenitor". Establece una obligación solidaria a cargo de ambos padres con posibilidad de eximirse si acreditan transferencia de la guarda, art. 1115, o imposibilidad de evitar el hecho, art. 1116, lo que se entiende como equivalente a probar la no culpa. Se trata de un supuesto de presunción de culpa, que doctrina y jurisprudencia, en forma mayoritaria, sustentan en la culpa en la vigilancia y educación, o en alguna de ellas (1). Conforme se modificara el régimen de patria potestad, por ley 23.264 en el año 1985, se estableció la responsabilidad solidaria de uno y otro progenitor, disponiéndose que en caso de divorcio o separación personal resulte responsable el que ejerza la tenencia, salvo que el hecho sucediere mientras el menor se encuentre bajo el cuidado del otro.

Estas normas se integran con lo establecido en relación a patria potestad, el art. 264 del C. Civil argentino en su primer párrafo dice: "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 formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". Del texto surge clara la finalidad de esos deberes-derechos. La patria potestad cumple una doble función social, la primera y esencial protección y formación integral de los hijos. Protección implica amparo, resguardo, cuidado, lo necesario para que el hijo crezca sano física y moralmente, aquí el centro de atención es el propio menor. Por su parte la expresión formación integral admite un alcance más amplio; en este caso el destinatario no es sólo el hijo menor sino también el prójimo ya que la preparación que aquél reciba se traducirá en el comportamiento familiar y social que el menor asuma conforme el círculo de relaciones se vaya ampliando cronológicamente, pues a mayor edad más extenso es el número de vinculaciones interpersonales que se establecen. De allí la doble función social que esta institución cumple, la primera y esencial en interés del menor mismo, pero también, accesoriamente, en interés de terceros. Uno de los principales propósitos de la formación debe ser educar en valores, respeto, confianza, estima por los demás, lo que podría sintetizarse en los preceptos de Ulpiano, máximas de convivencia: vivir honestamente, no causar daño a otro. Se trata de una misión, una actividad, función dinámica, que debe cumplirse de acuerdo a la edad y personalidad de cada hijo. Esta función impone deberes y permite el ejercicio de facultades que en su contenido y modo de ejercicio se han visto afectados por profundos cambios en lo social y cultural. La familia se amolda a los intereses individuales de sus integrantes y simultáneamente se desacomoda respecto de los parámetros que la sociedad ha establecido tradicionalmente como típicos; las decisiones son muchas veces consensuadas y los vínculos flexibles. Por supuesto esto se da siempre que el entorno socioeconómico lo permita, pues hay muchas uniones que permanecen todavía en etapas distintas de la evolución.

Lo expuesto hace que resulte dificultoso fundamentar esta responsabilidad en un factor subjetivo. Culpa en la vigilancia podría llegar a aceptarse sin dificultad para el caso de un niño de corta edad, aunque la mayoría de los supuestos analizados determinan que cuando la vigilancia falta por lo general la víctima es el propio hijo, en cuyo caso no se configura la hipótesis a la que alude el art. 1114. Lo que resulta difícil es determinar qué se entiende por vigilancia adecuada, y además ¿es posible ejercerla? ¿es conveniente para un hijo adolescente o joven? o, por el contrario atenta contra la formación de una personalidad independiente tal como lo requieren los tiempos actuales.

Sí cabe exigir a los padres que formen, eduquen a sus hijos, pero la dificultad está también en definir cuál es la educación razonable y, sobre todo, cómo valorar si cumplieron con la obligación legal de modo de poder liberarse de responsabilidad dadas las características de la sociedad actual. Es una apreciación para la cual no puede haber moldes o pautas rígidas, pues en cada caso particular de acuerdo a las circunstancias es que debe hacerse la valoración; tal lo expresado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 512: "El artículo (512) se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor ni demasiada indulgencia y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables...". Lógicamente los cuidados razonables varían de acuerdo al tiempo histórico que se transita, y hay que admitir que la irrupción e invasión en el seno de familia de los medios de comunicación, la tecnología y las redes sociales, tornan más complejo hoy el deber de educar a los hijos.

Quizás por las características descriptas es que si nos detenemos a analizar las resoluciones judiciales vemos que los jueces adoptaron como pauta de razonamiento, tanto en el orden nacional como en numerosos países extranjeros (2), que nunca los deberes de los padres han sido suficientemente cumplidos, la vigilancia no fue suficiente o el acaecer del hecho mismo demuestra que el hijo no estuvo debidamente educado, pues de lo contrario el daño no se hubiese generado.

En nuestro país el estudio jurisprudencial sobre el tema indica que sólo se libera a los responsables cuando no se traiciona la expectativa social de que los daños injustos deben ser reparados. Esto queda evidenciado si se analizan las reglas aplicadas por los jueces:

- los padres responden por culpa in vigilando y están obligados a vigilar al menor de acuerdo a su edad,
- si los padres demuestran haber vigilado al menor, surge como hecho autónomo de imputación de la responsabilidad, la culpa en la educación,
- la comisión del hecho ilícito por parte del menor, demuestra de por sí, insuficiente la educación impartida.

Resulta entonces que, para los padres no es posible prácticamente, satisfacer los requisitos impuestos por una prueba liberatoria de doble contenido positivo así de riguroso. Esta realidad indica que en los hechos, la responsabilidad de los padres funciona como una responsabilidad objetiva, por tanto se hacía necesario aceptar una variación en el fundamento, tal como sostenían numerosas voces en doctrina y antecedentes jurisprudenciales.

c) En el Código Civil unificado 2014.

El Código Civil y Comercial unificado 2014 se hace eco de estas propuestas y varía el factor de atribución de los padres por los hechos dañosos de los hijos que se encuentran bajo responsabilidad parental, denominación que reemplaza a la anterior de patria potestad.

Se regula esta responsabilidad en el Título V, sección 6º del libro III, que se titula "Responsabilidad por el hecho de terceros", dispone el Art. 1754. Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

En cuanto a la denominación del Título, Responsabilidad por el hecho de terceros, comparto la objeción que realiza López Herrera (3), no luce como el más adecuado para referirse a los hijos ya que éstos no son terceros, hubiese sido más adecuada la expresión "responsabilidad por el hecho ajeno" o "responsabilidad por el hecho de otro".

Mantiene la responsabilidad solidaria de ambos progenitores por los hechos de los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental. Este Código varía la designación de patria potestad por responsabilidad parental, de ese modo armoniza con la que emplean tratados y convenciones internacionales. Además no es un cambio ingenuo, la palabra potestad se conecta necesariamente, como señala Mauricio Mizrahi (4), con el poder que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de "responsabilidad" es inherente al deber, que cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía. Tal la misión esencial que en la actualidad se entiende como la primordial función de la institución.

Si bien cambia la denominación, el concepto en esencia no varía: Art. 638. Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. La redacción refuerza la idea del desempeño autónomo de los hijos, ya que entre las funciones incorpora desarrollo. El art. 639 al fijar los principios generales que la rigen, hace referencia a "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez", consecuente con el principio de capacidad progresiva. Esto se logra con una formación responsable en el ejercicio de la libertad e independencia.

Establece un factor de atribución objetivo, y conforme el art. 1722: "El factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos el responsable se libera demostrando la culpa ajena, excepto disposición legal en contrario". En palabras López Herrera: "No importa cuanta diligencia se ponga, lo mismo se responde" (5).

III. Eximentes

Respecto a los eximentes dispone el Art. 1755. Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible.

Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

Genera dudas la expresión "cesa si es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente"; por tanto se necesitarán en este punto consensos interpretativos. La referencia a la vigilancia puede dar lugar a pensar que hay una vuelta a la mirada subjetiva, pareciera que el legislador no está convencido de introducir el factor objetivo en este supuesto. Pero también cabe interpretar que lo que se ha querido es aludir al menor escolarizado que causa daño mientras se encuentra bajo la autoridad educativa, esto representa reafirmar la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que impera hasta el momento y adoptar el criterio de que en esos supuestos la responsabilidad es solo del titular del establecimiento (6). Trasuntaría una aproximación al anterior art. 1115: "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".

No se presentan mayores dificultades si se considera el régimen de internado a los efectos educativos. Ahora si el hecho acaece en el régimen escolar común, el que tiene lugar durante determinadas horas del día, no me parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los progenitores sino que creo necesario atender a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Conforme lo manifestara en trabajos anteriores no comparto aquella tesis, aun razonando sobre la base de un factor de atribución subjetivo. Sería valedero eximirlos en caso que el daño provenga de un episodio singular y aislado, pero no cuando la conducta del dañador es habitualmente agresiva, rebelde, pues en estos supuestos habrá que analizar si en el origen causal del acontecimiento dañoso no ha prevalecido el temperamento del autor por sobre las reales posibilidades de vigilarlo. Si deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, estará justificada la responsabilidad del establecimiento o del maestro. Lo mismo si el hecho deriva de omisión de los deberes de organización. Pero tratándose de situaciones en las que influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, entiendo que los progenitores no pueden quedar exentos de responsabilidad; en especial cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad. Si el fundamento deriva de la responsabilidad parental ésta es irrenunciable, el vínculo subsiste aun cuando se transfiera la vigilancia de modo transitorio, por ello la responsabilidad debiera ser al menos concurrente. Distinto sería si pese a conocer esas circunstancias y haber sido hecho saber por los padres la necesidad de extremar recaudos, la escuela no tomó los adecuados. Acepto que la obligatoriedad del establecimiento educativo de contar con

seguro obligatorio, hace que en la práctica resulte más simple para la víctima exigir a la institución el pago de la indemnización.

En cuanto a otros supuestos de vigilancia transitoria, creo que tampoco resulta oportuno sentar reglas generales. Pienso que si al momento de cometer el daño el menor se encontraba al cuidado o de visita en casa de parientes, amigos, vecinos, etc., por períodos cortos que se cuentan en días o semanas, esas personas desinteresada y generosamente colaboran con los progenitores, pero el niño continúa bajo la autoridad parental. Los allegados han brindado una ayuda a los progenitores, pero de ningún modo pueden ser considerados responsables ya que han cooperado para desplegar una obligación que les corresponde a aquellos; salvo que de las circunstancias del hecho se desprenda que fue la actuación inapropiada del adulto que transitoriamente cuidaba al menor la que en definitiva provocó el resultado. Estas eventualidades, a mi entender no eximen de responsabilidad a los padres a menos que del hecho mismo, del análisis del nexo causal, resulte la responsabilidad de quien ejercía el cuidado transitorio de modo exclusivo, en cuyo caso, los damnificados estarían en condiciones de demandar a los padres y al cuidador del menor, ejerciéndose con posterioridad entre éstos, si es que caben, las pertinentes acciones de reintegro.

IV. Legitimados pasivos

El art. 1114 del Código sustituido dispone la responsabilidad solidaria de ambos progenitores por los daños causados por los hijos menores que habitan con ellos, y prescribe: "En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese a cargo del otro progenitor".

Por su parte, el art. 1754 del Código Civil y Comercial unificado establece, también, que los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos bajo su responsabilidad parental.

Pero introduce una variante importante al suprimir la frase que aludía a los padres no convivientes. Al introducir un factor de atribución objetivo, la responsabilidad de los padres continúa siendo solidaria cualesquiera sean las vicisitudes del vínculo entre los progenitores, son responsables mientras conserven la responsabilidad parental.

Si bien en caso de divorcio, separación personal o nulidad de matrimonio, la relación entre padres e hijos se torna diferente ya que, tal vez, no se comparten los actos simples de la vida cotidiana, sí continúa la posibilidad de participar e intervenir, en los actos más trascendentes y cooperar en todo lo que tenga repercusión en la formación del hijo. El deber de cuidado personal de los hijos prosigue en cualquiera de las modalidades que se asuma, alternada o indistinta (arts. 648 y 649). En caso de cuidado unipersonal es obligación del progenitor que lo realiza informar al otro sobre cuestiones de educación, salud, etc., y los padres pueden presentar un plan de parentalidad que contemple los aspectos vinculados al cuidado del hijo (arts. 655 y 656).

Ni aún bajo un fundamento subjetivo, resultaba justificado eximir de responsabilidad al padre no conviviente en caso de divorcio o de separación de cuerpos, frente a la víctima debe mantenerse la responsabilidad solidaria de ambos progenitores.

Aun cuando el art. 643 permite que "En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas..." los progenitores puedan convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea realizado por un pariente u otra persona idónea, el art. 1755 aclara que no cesa en ese supuesto la responsabilidad paterna, lógico pues conservan la titularidad de la responsabilidad parental. En esta situación podría ubicarse al progenitor afín, que según el art. 672 es "el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente", que aun cuando debe cooperar con la crianza y educación de los hijos del otro, según estimo no es responsable por los daños que aquellos pudieran causar pues el progenitor biológico conserva la titularidad de la responsabilidad parental.

Tampoco se liberan los padres cuando no conviven con el hijo por una causa atribuible a ellos, según reza el art. 1755 en su 2do párrafo, por tanto en caso de pérdida o suspensión de la responsabilidad parental provocada por la conducta paterna (arts. 700, 702 inc. b.), se mantiene la responsabilidad parental. Estimo acertada la resolución ya que no cabe eximir de obligaciones al progenitor que precisamente no cumplió con ellas.

Por último, considero el supuesto de que los padres sean menores de edad. La realidad indica un elevado número de embarazos adolescentes, de allí que me refiera a la responsabilidad de los padres

menores de edad. Dada la edad biológica de los progenitores, el hijo por lo general no habrá alcanzado aptitud para ser causante de daños, pero ante la eventualidad de que así acontezca lo analizo.

Respecto a los padres menores de edad también se ha modificado la normativa. En el Código de Vélez si no contrae matrimonio, continúa bajo patria potestad y el hijo de ese menor de edad está bajo la patria potestad de los abuelos o, eventualmente, de la tutela del tutor del progenitor que tenga al hijo bajo su cuidado y amparo. En la hipótesis de que el hijo del padre menor causase daño, respondería quien tenga la patria potestad o tutela de ese progenitor, pues éste no tiene la patria potestad sobre su hijo.

En el Código Civil y Comercial unificado se es adolescente desde los 13 años (art. 25), pero a diferencia del régimen que se sustituye estos padres ejercen la responsabilidad parental. Así lo dispone el art. 644 dispone que: "Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado educación y salud". Las personas que ejercen al responsabilidad parental de un progenitores adolescente pueden oponerse a los actos que resulten perjudiciales para el niño o cuando el adolescente no tome las medidas necesarias para su adecuado desarrollo.

A los efectos de la responsabilidad en análisis, responsable por los daños que el adolescente causare lo serán sus padres. Pero por los que pudiere ocasionar el hijo del adolescente lo serán los padres adolescentes, pues son ellos los que tienen la responsabilidad parental.

V. Requisitos

a) Minoridad.

Los padres responden mientras los hijos son menores, por tanto son responsables hasta los 18 años edad en que se alcanza la mayoría.

El criterio adoptado por la jurisprudencia desde hace ya largo tiempo, es que la edad se considera al momento del hecho y no en el de la sentencia.

El Código Civil establece que el hijo debe ser mayor de 10 años. Esta cuestión ha disparado interpretaciones disímiles, al ser el autor inimputable según el art. 921, se sostiene que responden los padres de modo exclusivo, encontrándose liberado de responsabilidad el niño, y si ya ha alcanzado esa edad ambos responden de modo concurrente, indirectos los padres y directo el menor (7). No comparto esa postura pues según el art. 907, 2da párrafo el menor inimputable puede ser responsable por razones de equidad. El art. 1754 del Código Civil y Comercial unificado, deja a salvo la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos, pero surge aquí una diferencia ya que no se hace referencia a la edad del menor, con lo que se evitan disquisiciones interpretativas. La imputabilidad se mantiene en 10 años, Art. 261. "Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años...". El autor de un acto involuntario podrá responder por razones de equidad, art. 1750.

También se resuelve la cuestión de la responsabilidad por los daños generados en la actividad laboral que pudieran desempeñar los hijos menores, ya que el art. 1755 establece que: "Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos" art. 30.

Ya me había manifestado a favor de esa determinación, pues si la causa idónea del daño se encuentra relacionada con el trabajo no hay razón jurídica para sindicar a los padres como responsables (8).

b) Convivencia.

El art. 1754 impone que además de tratarse de un hijo menor, éste debe habitar con los padres. No se entiende la razón de ser de esta exigencia dado que se establece una responsabilidad objetiva (9), que deja atrás la presunción de culpa en la vigilancia o la educación, o en ambas a la vez.

En nuestra sociedad no es frecuente el alejamiento de los hijos menores del hogar paterno, salvo por motivos de estudio o trabajo. El alcanzar la mayoría de edad a los 18 años reduce las posibilidades de

que el menor se traslade para continuar estudios a una localidad diferente a la residencia paterna, aunque sí podría hacerlo en determinadas situaciones cuando las circunstancias lo aconsejen como necesario ya sea por carencia de establecimientos educativos adecuados, o perfeccionamiento de alguna disciplina artística o deportiva, o por razones laborales, etcétera.

Pormenorizo algunos de los problemas que plantea este requerimiento. Determinar cuál debe ser la comprensión del término es una cuestión que ha suscitado interpretaciones diversas, más o menos laxas, sin embargo ni las más rigurosas han llegado a darle un entendimiento lineal o literal en el sentido de exigir que en el momento de la comisión del daño padres e hijos deban compartir físicamente el mismo techo. A efectos de que los progenitores respondan como tales acorde al factor de atribución subjetivo, culpa en la vigilancia y educación, es necesaria la proximidad física con los hijos menores que supone la habitación en común; pero aun así, en general, la doctrina de nuestro país ha tenido una concepción amplia del requisito, entendiéndose que no es exigible la cotidianidad en la cohabitación (10). Quizás el hecho de que dentro de las obligaciones paternas se le asigne valor preponderante a la educación y al aceptar que este deber se cumple de modo continuo, permanente, aun sin el contacto material directo como sí lo supone la vigilancia, es lo que permitió esa apertura en el modo de apreciar el requisito. Se exige de modo decisivo con relación al niño de corta edad, pero en los demás casos prevalece la educación como función primordial de la responsabilidad parental.

Aunque padres e hijos no habiten en el mismo inmueble, no residan juntos, la convivencia como comunión, vínculo, unión, lo que significa compartir el proyecto de familia, no resulta quebrada si las circunstancias aconsejan que el hijo viva fuera del domicilio familiar, de forma transitoria. Esta situación no significa desentenderse, desvincularse, o desinteresarse, sino en numerosas oportunidades aceptar una posibilidad de crecimiento o superación para el joven; un elemento objetivo que acredita el cumplimiento del deber parental es que el menor que se encuentra fuera del hogar por razones de estudio o capacitación, generalmente solventado por sus progenitores. Es un modo de cumplir con la finalidad de la responsabilidad parental, institución encaminada a proteger, educar a los hijos, que no se limita a la alimentación sino que también abarca el nutrirlos en otros aspectos como es brindarle formación para el mejor desenvolvimiento en la vida, alcanzar el desarrollo personal, arts. 638 y 639.

Considero que en la actualidad, aun bajo la aplicación de un fundamento basado en la culpa, el requisito de cohabitación debe ser interpretado según las circunstancias que la vida contemporánea presenta manteniendo por tanto una concepción extensa, llegando si fuera necesario a otorgarle una nueva comprensión o a redefinir la noción (11). En ese sentido, debe ser entendida en sentido amplio como unión que va más allá de la cohabitación física y que en determinadas situaciones puede no ser constante, ya que en estos tiempos es frecuente que los padres (por razones laborales) como asimismo los hijos a determinada edad (generalmente por razones de estudio) puedan ausentarse justificadamente del hogar. Claro que, no es suficiente cualquier distanciamiento para que los padres queden exonerados de responsabilidad, ya que si la ausencia del menor del hogar familiar resulta atribuible a inconductas o irregularidades paternas, no resultan los progenitores exentos de responsabilidad, art. 1755, 2do. párrafo.

VI. Conclusiones

En líneas generales, considero apropiadas las modificaciones introducidas en esta responsabilidad especial. Sostenerla en un factor de atribución objetivo, entiendo que es adecuado a los tiempos actuales, donde resulta un eufemismo sostener la posibilidad de vigilancia para los hijos menores hasta que alcancen la edad de los dieciocho años, o pretender valorar la educación brindada con bases homogéneas en una casuística tan amplia.

Sin duda que influyen en esta interpretación, razones de interés social como es la protección del dañado injustamente y el reforzamiento de los fines preventivos.

El derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación —en sentido jurídico— de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama "responder" o ser "responsable" o tener "responsabilidad" por el daño padecido por otra persona.

Por otra parte, aporta mayor seguridad jurídica, ya que evita el desorden que pueden provocar las interpretaciones judiciales disímiles, pues ante una casuística tan vasta los parámetros con los que se

juzga o valora si se encuentran o no cumplidos los deberes de vigilancia o educación, pueden ir desde la indulgencia a una rígida severidad.

Si bien la realidad demuestra que en su mayoría los jueces deciden aplicando raseros estrictos, en algunos casos se fuerza la interpretación legal a extremos que torna inconveniente mantener la formulación legal sin introducir este cambio.

Aspiro también a que en esta temática el derecho cumpla una función preventiva. La implementación de campañas de difusión a efectos de hacer conocer a todos los sectores de la sociedad la existencia de una obligación legal que, en principio, alcanza a ambos progenitores con carácter inexcusable, es un intento más para estimular a las familias y a la sociedad a reflexionar sobre cuáles debieran ser las pautas de actuación más adecuadas para impedir o disminuir la causación de daños y en consecuencia, evitar ser alcanzados por esta severa responsabilidad. Creemos que no se trata de una utopía y como tal algo que no se sabe si en algún tiempo o lugar se concretará, sino por el contrario algo exigible en el aquí y ahora, que operará como una razón más para todos aquellos que deciden asumir la paternidad reflexionen sobre lo que ella conlleva, sin distinguir por condición social o económica de los progenitores.

- (1) (1) En honor a la brevedad no ingresamos en esta oportunidad al tratamiento de las diversas teorías que a criterio de la doctrina y jurisprudencia fundamentaron esta responsabilidad.
- (2) (2) Ver PLOVANICH, María Cristina, La responsabilidad civil de los padres, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, p. 45 y sgtes.
- (3) (3) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado RCyS 2012-IX , 5.
- (4) (4) MIZRAHI, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Buenos Aires, Astrea 2001, p. 138.
- (5) (5) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, ob. cit. y en Código Civil y Comercial Comentado. Directores: Julio César Rivera-Graciela Medina. Coordinador: Mariano Esper. T.IV. La Ley, Bs As, octubre de 2014, p. 113.
- (6) (6) Esta es la interpretación de Edgardo LÓPEZ HERRERA, ob. cit. y en Código Civil y Comercial Comentado. Directores: Julio César Rivera-Graciela Medina. Coordinador: Mariano Esper. T. IV. La Ley, Bs As, octubre de 2014, p. 113. CNCIV, 02/02/2012, "G., R. M. c/ Inst. Inmaculada concepción de Nuestra Sra. de Lourdes y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte), elDial.com - AA74C1, publicado el 28/03/2012. En el caso se trató de daños causados por alumnos del mismo establecimiento, pertenecientes a un curso superior al del damnificado, que fue llevado en contra de su voluntad a la terraza, encerrado y golpeado duramente. Al ser los agresores mayores de 10 años, el tribunal entendió que cabía a su respecto la aplicación del art. 1109 del Cód. Civil.
- (7) (7) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Bs.As., 5° edición, 1987, ps. 310 y sgtes.
- (8) (8) PLOVANICH, María Cristina, La responsabilidad civil de los padres, ob. cit., p. 198.
- (9) (9) TALE, Camilo, Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos menores de edad y de Iso propietarios de establecimientos educativos por daños sufridos por sus alumnos y por daños causados por éstos, en el Código Civil vigente y en el Proyecto de nuevo Código, Revista de Derecho de Daños. Problemática actual de la responsabilidad civil-II, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014,p. 117.
- (10) (10) MACHADO, José O., Exposición y comentario del Código Civil argentino, p. 407; TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, T. III, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 173.
- (11) (11) Plovanich, M. Cristina, ob. cit.

El art 1757 del Código Civil y Comercial y la actividad riesgosa y peligrosa

Por Jorge Mario Galdós

I.- Introducción

Siguiendo el esquema de anterior trabajo sobre el art. 1757 CCyC y el riesgo y vicio de las cosas ¹, nos proponemos completar la descripción de la responsabilidad objetiva, efectuando un breve informe sobre las actividades riesgosas y peligrosas, incorporadas por esa norma.

II.- El art 1757 CCyC y la actividad riesgosa y peligrosa. Principales notas distintivas

1) El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado dispone: “Art. 1757 – Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

2.-Las notas más importantes del nuevo sistema de responsabilidad objetiva por actividades riesgosas o peligrosas, son las siguientes:

- Resulta relevante la incorporación de las actividades riesgosas y peligrosas, lo que en general aprueba la doctrina ².

- Se contemplan tres supuestos de actividades riesgosas y peligrosas o, dicho de otra manera, las actividades pueden resultar riesgosas o peligrosas: 1) por su naturaleza, 2) por los medios empleados o 3) por las circunstancias de su realización.

- Se afirma que “actividad riesgosa” es una expresión que tiende a superar el rígido marco de la exigencia de una “cosa” como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva.³ . Acota Zavala de González “que ‘actividad’ trasunta una idea de complejidad, de conjunto, de proceso, antes que de fenómeno aislado o singular. El riesgo que sirve de fundamento a la responsabilidad se refiere de ordinario, a una combinación y ensamble de elementos humanos, mecánicos y materiales (como en la actividad informática). De tal forma se apunta no tanto o no siempre al ejecutor material y directo del perjuicio, sino al titular de la

¹ Ver Galdós, Jorge M., “El art. 1757 CCyC y el riesgo creado” <http://www.nuevocodigocivil.com>.

² En ese sentido Cerutti María del Carmen “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas” en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3- pag 327, 330 y ss.

³ Goldenberg, Isidoro H., La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial, JA, 1998-II-552.

actividad de la que el daño puede resultar (normalmente el organizador, explotador, o empresario, aunque la actividad sea desenvuelta materialmente a través de otros). El concepto de actividad aparece muy ligado al de “empresa”... ⁴. “El carácter riesgoso de la actividad - sostiene Pizarro- deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros. Puede vincularse con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales deben ser gobernadas por su titular”. Añade que la valoración de las circunstancias debe realizarse en abstracto y que constituye una noción jurídica abierta y flexible.⁵

- Las actividades peligrosas completan e integran a las actividades riesgosas, conformando un bloque de imputación objetiva por la interacción entre ambas. Según el Diccionario “peligroso” significa “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Por su lado “peligro” si bien tiene una significación emparentada con el riesgo (importa la “contingencia inminente de que suceda algún mal”) también se refiere al “obstáculo o situación que aumenta la inminencia del daño”. Esta acepción (la situación que puede causar daños) es reveladora de que la actividad trasciende el marco de la intervención o participación de una cosa y de que riesgo y peligro de la actividad operan complementándose porque comprenden también “situaciones”, como equivalentes- según el Diccionario- al “conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento”.

- En otra oportunidad intentamos aproximarnos a un concepto descriptivo de actividad riesgosa y peligrosa, cuando afirmamos que lo constituye la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas (máquinas, herramientas, aparatos, establecimientos, explotaciones etc) en las que el riesgo (la inminencia de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico. Esa actividad lucrativa asociada con el riesgo o peligro conduce a imputar objetivamente el deber resarcitorio. En la actividad riesgosa la legitimación pasiva es más amplia que en el riesgo creado porque no sólo involucra al dueño o guardián, sino

⁴ Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 58; aut. cit, La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil, J.A. 1988-I-905; aut. cit. Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 58-66 y pássim.

⁵ Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extracontractual”, Parte General, Tomo II La Buenos Aires 2006 La Ley p. 178

-a tenor del art 1758- “a quién la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por si o por terceros, excepto lo dispuesto en la legislación especial”, que puede ensancharla o restringirla ⁶.

- Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. La jurisprudencia sostuvo muy claramente que “las actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr. explotación de energía nuclear). Las actividades peligrosas ‘por las circunstancias de su realización’ son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra...”. ⁷. La actividad es riesgosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado ⁸. En la doctrina, y a propósito del art 1757 CCyC, se ejemplifican como actividades riesgosas: contaminación del medio ambiente, daños causados por productos elaborados, realización de tareas en obras en condiciones de inseguridad o insalubridad que desencadenan en siniestros, daños sufridos en espectáculos deportivos (ar 33 ley 23.184) y en espectáculos no deportivos pero que implican un riesgo especial (festival de rock), emprendimientos recreativos que exigen la adopción de medidas de contralor (natatorios), actividad informática, entre otros ⁹

- Se recepta la jurisprudencia y doctrina mayoritaria de que las actividades riesgosas o peligrosas pueden ser realizadas sin intervención de cosas, dada la tipificación amplia de los supuestos que califican y cualifican a las actividades: su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización. La regulación de la responsabilidad objetiva por las actividades riesgosas o peligrosas confiere basamento normativo a la actual interpretación judicial

⁶ Ampliamos en el trabajo mencionado a Galdós Jorge M.: “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación” Revista Derecho de Daños 2012-3-345 (Proyecto de Código Civil y Comercial); “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)” RCyS Año XVII-número 4 Abril 201, pág. 155. Ver Parellada Carlos, “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, LL, 1987-D-977.

⁷ T.S. Córdoba Sala Civil y Comercial, 6/9/2004 “Arias de Fernandez Blanca c/ Tagle (h) y Cia SA “ cit por Roitman Horacio-Chiavassa Eduardo, El riesgo en los Proyectos de Reforma al Código Civil, en Revista de Derecho de Daños. Creación de riesgo-III, Rubinzal-Culzoni, 2007-1-333.

⁸ Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Sala H, 29/5/1997, “S., J.B. c/ Espejar S.A.”, La Ley 1999-C-722.

⁹ Cerutti, María del Carmen, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas”, en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3-332.

prevaleciente que acepta el riesgo de actividad, aún sin la participación de cosas. Además el Código prevé supuestos particulares de aplicación de actividad riesgosa: en el daño derivado de la actividad peligrosa de un grupo la única eximente es la prueba de no haber integrado el grupo (art 1762 CCyC); el caso fortuito o fuerza mayor extraño a la actividad hotelera como eximente exclusiva (art 1371 CCyC) lo que se reitera para el riesgo de la actividad de conservación o depósito de cosas (art 1376 CCyC). Algunos autores sostienen que el fundamento de la responsabilidad objetiva de los padres se sustenta en el riesgo derivado del ejercicio de la actividad parental (no sobre la responsabilidad parental misma) por aplicación de los principios sobre las actividades riesgosas del art 1757 CCyC ¹⁰.

En un repaso –apenas introductoria y meramente descriptivo- de antecedentes jurisprudenciales, se han juzgado como actividades intrínsecamente riesgosas: vgr. la provisión del servicio de electricidad (los cables sumergidos en el río provocaron la muerte del nadador) ¹¹, el tendido de cables ¹², el trabajo del sereno o encargado de la playa de estacionamiento ¹³, la actividad de seguridad privada del club de golf ¹⁴, el trabajo de bombero en el estadio por la actividad desplegada ¹⁵, la comercialización y distribución de garrafas ¹⁶.

Otras veces el riesgo deriva de las circunstancias de realización de la tarea (la empleada doméstica a quién el empleador encomendó limpiar los vidrios del ventanal por afuera, a altas alturas) ¹⁷; el empleado del establecimiento ganadero que transporta dinero de la venta de

¹⁰ Reyna, Carlos A., “La responsabilidad de los padres en el Proyecto de Código Civil y Comercil Unificado de 2012”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial-II, 2012-3- 517.

¹¹ Cám. Nac. Civ., Sala A., 11/5/2012, “D., E. y O. C/ Edefor S.A.”, citado supra J.A. 2012-III.

¹² CS Catamarca, 19/3/2009, “Helguero, Gabino c/ Edecát S.A. y Soinco S.A.C.I.”, LLNOA 2009 (julio), 537.

¹³ Cám. Nac. Apel. Trabajo, 19/10/2007, “Sánchez Hugo Ramón c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/ accidente-acción civil”, MJJ33974.

¹⁴ Cám. Nac. Civ., sala B, 6/5/2010, “Gómez, Pedro Rogelio c/ Albo Asip S.A.”, RC y S, Año XII-Nro. 10, octubre 2010.

¹⁵ Cám. Nac. Trab., Sala V, 22/5/2008, “Calderone Alfredo Alejandro c/ Estado Nacional s/ Accidente Acción Civil”, eIDial – AA485F.

¹⁶ Cám. Nac. Civ., Sala E, 19/6/2008, “Lazzarich, Roberto Hugo y otros c/ Gas del Estado y otro s/ daños y perjuicios”, JA, 8/10/08.

¹⁷ Cám. Nac. Trab, Sala IV, 4/5/2009, “Guillen Hilda Alicia Geraldin c/ Parra Carlos Daniel y otro s/ accidente-acción civil”, eIDial AA53CD.

hacienda en caminos vecinales y que fue asaltado ¹⁸, el marinero que se cayó por el movimiento brusco del barco por falta de medidas de seguridad al no estar aseguradas las puertas ¹⁹.

-Se recepta el criterio predominante de que está incluido el riesgo de empresa para los daños derivados de ese factor objetivo. La responsabilidad objetiva por la actividad opera en el ámbito específico sobre el que se aplica (vgr. en materia de daños causados por la empresa periodística comprende los propios de la actividad empresarial) que resulta desplazada por la responsabilidad subjetiva en los aspectos de daños no vinculados con dicho riesgo de actividad (por ejemplo daños derivados de las expresiones o ideas o de la violación de la libertad de prensa en sentido estricto, etc).

- En el compendio de supuestos fácticos comprensivos de actividades riesgosas o peligrosas podrán verificarse numerosos casos en los que medie una regulación legal especial (responsabilidad por productos elaborados y por daños al consumidor o usuario, cuestiones de derecho ambiental, etc). En tal caso prevalece la legislación especial o de especificación por sobre la normativa general del Código Civil y Comercial, la que opera como norma de remisión para las cuestiones no previstas específicamente.

- Para las actividades riesgosas o peligrosas rigen todos los requisitos de la responsabilidad objetiva aplicables al riesgo o vicio de las cosas (las eximentes, la carga de la prueba, etc) salvo lo atinente a la legitimación pasiva que es más amplia en la actividad que en el riesgo o vicio (art. 1758 CCyC). En respuesta al planteo de un interrogante creemos que la prueba del “no riesgo de la cosa o de la actividad” requiere la acreditación de la ausencia de relación causal pues para excluir la responsabilidad del sindicado como responsable resulta insuficiente la prueba de la conducta diligente ²⁰.

- La actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica por la mera causación material o fáctica.

- La responsabilidad objetiva por las actividades riesgosas o peligrosas se desentiende de la atribución subjetiva del causante directo del daño (lo que resulta irrelevante para atribuir responsabilidad, como lo dispone el art. 1721 CCyC) ya que la eximente actúa en la ruptura total o parcial de la relación causal, que debe alegar y probar el responsable presunto. Pero no existe obstáculo para la concurrencia y acumulación de la responsabilidad subjetiva del causante del daño con la objetiva del sindicado como responsable por el riesgo de la cosa o de la actividad.

¹⁸ Trib. De Just. Pcia de Corrientes, 16/8/2011, “Albertengo, Carlos A. c/ La Flecha S.A. y/u otros y/o q.r.r.s/ ind. por acc. de trabajo”.

¹⁹ Cám. Nac. Apel. Trabajo, Sala V, 30/5/2011, “Chasman, Eduardo Gustavo c/ Sur Este Argen S.A. y otro s/ accidente-acción civil”.

²⁰ Cerutti, María del Carmen “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas” en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3- 333, punto 2.Eximentes.

-El art. 1733 inc e) CCyC establece que el deudor no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento cuando ambas “constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad”.