

# **La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

por

Nora Lloveras <sup>1</sup>

Sebastián Monjo <sup>2</sup>

## **Sumario**

### **I. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos**

### **II. Principios que iluminan la relación paterno filial**

#### **II.1. El derecho del niño a ser oído y la democratización de la familia**

#### **II.2. Autonomía o capacidad progresiva de los NNA**

#### **II.3. Interés superior del niño, niña o adolescente**

#### **II.4. Principios que conducen la relación paterno filial y su vinculación con el derecho de daños**

### **III. De la patria potestad a la responsabilidad parental**

#### **III.1. La responsabilidad parental en el Código Civil**

#### **III.2. La responsabilidad parental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

#### **III.3. Cambio de concepción: desde lo unipersonal hacia lo compartido**

### **IV. La responsabilidad civil de los padres por el hecho de los hijos**

#### **IV.1. Regulación actual de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos**

##### **IV.1.1. La discusión sobre el factor de atribución**

##### **IV.1.2. La patria potestad y la responsabilidad civil**

##### **IV.1.3. Las eximentes consagradas en el Código Civil vigente**

#### **IV.2. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

##### **IV.2.1. Responsabilidad solidaria de los padres**

---

<sup>1</sup> LLOVERAS, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civ. y Com. Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: [noval@arnet.com.ar](mailto:noval@arnet.com.ar) Mail: [noralloveras@gmail.com](mailto:noralloveras@gmail.com)

<sup>2</sup> MONJO, Sebastián. Abogado, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Docente. Magister en Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Doctorando en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estudios en la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense Latinoamericana.

#### **IV.2.2. Responsabilidad concurrente de los hijos**

#### **IV.2.3. El factor de atribución objetivo**

#### **IV.2.4. Las eximentes de responsabilidad**

### **V. Conclusiones**

#### **I. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos**

Analizamos en el presente trabajo cómo se perfila la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – en adelante Proyecto y en los arts. PrCCivCom- que se encuentra en debate en el parlamento argentino.

A tales fines, debemos identificar, en primer término, los principios que iluminan la relación paterno filial, para determinar las bases de la responsabilidad en el Código Civil vigente a los fines de reflexionar sobre el régimen proyectado en la materia.

#### **II. Principios que iluminan la relación paterno filial**

Se desprenden en la relación paterno filial, desde el derecho humanitario, los principios de democratización de la familia, la autonomía o capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) y, finalmente, el interés superior del NNA.

Es una metodología utilizada en el proyecto, se expresa en cada institución los principios generales que la rigen.

Esta sistemática del Proyecto, permite ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, según los principios generales que se enuncian.

La responsabilidad parental se rige por principios que miran principalmente el resguardo y protección del hijo.

El art. 639 PrCCivCom enuncia como principios generales que presiden la normativa de la responsabilidad parental: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

## II.1. El derecho del niño a ser oído y la democratización de la familia

La democratización de la familia o su “governabilidad”<sup>3</sup> significa la participación activa y consensuada de todos los integrantes que la componen a fin de que la opinión de cada uno de ellos sea tenida en cuenta por los restantes miembros, en un plano de igualdad y respeto<sup>4</sup>.

Entre los padres o madres e hijos debe estar presente el reconocimiento de los progenitores como responsables de “**guiar**” al hijo o hija a fin de que, conforme a su madurez y desarrollo, ejerza los derechos personalísimos del que es titular.

Esta función de los padres, supone consensuar con los niños, niñas y adolescentes - en adelante NNA - las decisiones que les atañen directamente y no de imponerles autoritaria y unilateralmente su destino.

Esta democratización importa escuchar a los NNA, oírlos y que su opinión sea tenida especialmente en cuenta, tal como lo consagra el art. 3 inc. b de la Ley 26.061, en consonancia con la Convención sobre los derechos del niño – en adelante CDN -.

En el reconocimiento del derecho a ser oído, se resume el derecho a participar y a opinar, que básicamente importa el reconocimiento de la capacidad con que cuenta según su evolución en toda la vida de los niños niñas y adolescentes, en las áreas y espacios en que se desenvuelve, con particular relevancia en el ámbito jurisdiccional<sup>5</sup>.

Este derecho a ser oído, está también presente en otras normas del Proyecto.

Está previsto, en el inciso c) del art. 639 PrCCivCom, en el art. 707 PrCCivCom que dice: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos, en todos los procesos que lo afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y cuestión debatida en el proceso. Deben ser oído por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”<sup>6</sup>; en el art. 595 inc. f, PrCCivCom al playearse sobre los principios generales de la adopción, entre otras normas.

---

<sup>3</sup> Mafia, Diana, *Género y gobernabilidad democrática*, En: *Governabilidad y Democracia en las Américas. Teorías y Prácticas*. Dorval Brunelle (Compilador), Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador, 2008, p. 99.

<sup>4</sup> Lloveras, Nora; Salomon, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Bs. As., 2009, p. 350.

<sup>5</sup> Véanse los arts. 677 y ss. PrCCivCom.

<sup>6</sup> Véase en el Libro Segundo, Título VIII “Procesos de Familia”, Capítulo 1 Disposiciones generales, el art. 707: Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes.

En armonía con la CDN y la ley 26.061, hoy los niños, niñas y adolescentes tienen que ser informados y escuchados y debe tenerse en cuenta lo que dicen en todos los asuntos que los interesen o puedan de algún modo comprometer alguna faceta o aspecto de su vida.

Los NNA deben ser informados y escuchados en los temas que les conciernen ya que se les reconoce la calidad de persona, con derechos.

El ejercicio de los derechos de las personas menores de edad es regulado en el art. 26 del PrCCivCom.

La escucha del niño puede ser ordenada por el juez, peticionado por los progenitores o representantes, y requerida por el propio NNA.

El principio general es que siempre el NNA debe ser escuchado, siempre, a cualquier edad, y la escucha que se despliega en ese ámbito, debe ser directa, sin intermediarios, en la medida de lo posible, según la edad y demás circunstancias del niño.

Si el juez ordena la escucha de un menor de corta edad, deberá contar con el auxilio del equipo técnico<sup>7</sup>, a fin de que esa escucha sea posible.

## **II.2. Autonomía o capacidad progresiva de los NNA**

El principio de autonomía o capacidad progresiva de los NNA está contemplado por el art. 5 de la CDN y contenido en el art. 3 inc. d) de la Ley 26.061 e importa el reconocimiento normativo de una capacidad escalonada, progresiva, gradual de los NNA en la adjudicación de roles y funciones, que se irá incrementando a medida de su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

El principio de la “autonomía progresiva” que introduce la CDN explicitado por el art. 5 de ese instrumento internacional, dispone: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades y los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” .

---

<sup>7</sup> El art. 706, párrafo tercero, del PrCCivCom, indica que los jueces ante los que tramitan las causas de familia, deben ser especializados y contar con un equipo interdisciplinario.

La autonomía progresiva, se consagra también en los arts. 12, 14, 16, 28 inc.1, 29 y 32 de la CDN.

Las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales”<sup>8</sup>.

Este principio resignifica el fin de la responsabilidad parental enunciado en el art. 638 PrCCivCom.

La autonomía progresiva configura la faz dinámica en la capacidad del sujeto, que facultaría a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad<sup>9</sup>.

Así, se recepciona en el orden interno la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, de modo pleno, al regular la autonomía progresiva del NNA <sup>10</sup>

De este modo, y consecuentemente<sup>11</sup>, la capacidad e incapacidad se observa desde el prisma de los NNA, según su grado de madurez<sup>12</sup>.

### **II.3. Interés superior del niño, niña o adolescente**

El interés superior del niño <sup>13</sup>, es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir antes que el interés de los padres biológicos, antes del interés de los hermanos, antes del interés de los

---

<sup>8</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T 1, Ediar, Buenos Aires, 2006. pág. 553.

<sup>9</sup> SOLARI, Néstor E., *La autodeterminación del niño en el régimen de tenencia*, La Ley Litoral, 2006-882.

<sup>10</sup> Cfr.: Muñiz, Javier N., Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. ps. 105 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – I, 2012 -2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

<sup>11</sup> Cfr.: Lloveras, Nora; Salomon, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Bs. As., 2009, p. 417.

<sup>12</sup> FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Crónica de una ley anunciada y ansiada*, en Adla, LXV-E, 5809.

<sup>13</sup> Conf. Lloveras, Nora, *El interés superior del niño*, En: El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios, Tagle de Ferreira, Graciela, Directora, Nuevo enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, p. 213 y ss..

guardadores, antes del interés de los tutores, antes de todo otro interés <sup>14</sup>. No solo debe ser el primero, sino que también el mejor <sup>15</sup> para el niño en cada caso concreto.

El interés superior del niño se dirige a determinar en la situación concreta, como debe darse y contemplarse ese beneficio del NNA, proveyendo una solución específica que abarque todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas, económicas, que convergen en la vida del NNA <sup>16</sup>.

En el artículo 3.1 de la CDN, la enunciación del principio del interés superior del niño exhibe una fórmula paradigmática en esboza un límite a la discrecionalidad de las autoridades: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

La disposición del artículo 3.1. de la CDN constituye un "principio" estructurante que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones.

Las normas del Proyecto, en el plano de la responsabilidad de los padres fortalecen la idoneidad frente al interés superior del niño, consagrando este eje en varias regulaciones, instalándola como pauta de decisión<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cám Apel Civ y Com Mercedes, Prov. San Luis, Sala 2da.; 03/06/05; “E., C.C. v. F., H.L. y otras s/ Tenencia”; Actualidad Jurídica de Córdoba. Minoridad y Familia. Nro.22, Febrero de 2006; p. 2301. Se expresa que en los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su custodia, la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor, porque frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. Allí radica, pues, el fundamento de materialización del “interés superior”. Tal principio se proyecta como una herramienta de control que viabiliza la intervención estatal cuando la función parental no opera adecuadamente.

<sup>15</sup> Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, *El interés de los niños, niñas y adolescentes de cara al formalismo y ritualismo procesal: inadmisibilidad e improcedencia*, Revista de Derecho de Familia n° 2012-III, Junio 2012, Jurisprudencia Anotada Extranjera, Comentario a Fallo de la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia de San Salvador del 17/06/2011. Bs. As. Abeledo Perrot. Directoras: Cecilia Grosman; Aida Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras, pgs. 253 á 268.

<sup>16</sup> En este sentido: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs.As., 2007, p. 84 y ss

<sup>17</sup> Se cita por la claridad: Dappen, Diana, *Las normas del Código civil argentino frente a la responsabilidad de los padres*, <http://www.monografias.com/trabajos94/normas-del-codigo-civil-frente-responsabilidad-padres/normas-del-codigo-civil-frente-responsabilidad-padres.shtml>

Más simplemente: los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida a su respecto, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

#### **II.4. Principios que conducen la relación paterno filial y su vinculación con el derecho de daños**

Como se puede observar, los principios desarrollados convergen en la relación paterno filial, en tanto, debe escucharse a los NNA (democratización), respetar sus decisiones según su capacidad progresiva y velar por su mejor interés.

Estos principios impactan en el derecho de daños por cuanto obligan a los operadores jurídicos a efectuar una mirada diferente en cada caso concreto, analizando, entre otras variables, el sujeto dañador, las circunstancias en que se produjo el hecho lesivo, de qué manera se involucraron los intereses de los NNA, cómo actuaron los padres para evitar o prevenir los daños, y qué resarcimiento corresponde según el damnificado.

Queremos dejar sentado como principio rector en la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos es que la participación de los NNA como protagonistas del evento dañoso debe ponderarse teniendo en cuenta su interés, la intervención en la toma de decisiones de los padres y los hijos, y su capacidad progresiva.

Como se observa, la mirada propuesta por estas líneas, dista mucho de la interpretación de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el debate actual según el Código vigente, que sólo tiene en consideración la vigilancia activa de los progenitores sobre la conducta de sus hijos, desplazando el centro de disputa hacia un juicio de reprochabilidad asentado en la culpa (probada o presunta) de los padres, es decir, en un hecho propio.

### **III. De la patria potestad a la responsabilidad parental**

En virtud de lo desarrollado en los acápites II.1, II.2 y II.3, la responsabilidad parental debe ejercerse teniendo en miras el principal, mejor, superior y prevalente

interés del hijo <sup>18</sup>, permitiendo que actúe según su capacidad progresiva y teniendo en cuenta sus opiniones de manera prioritaria.

Por otra parte, la ley 26061 introduce en el art. 7 lo que nomina la “responsabilidad familiar”, preceptuando que “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

En este sentido, puede afirmarse que el Código Civil argentino se ha actualizado, transitando un sendero desde la patria potestad (derechos y deberes basados en la autoridad de los progenitores) hacia la responsabilidad parental, que tiene por finalidad que los progenitores escuchen, orienten y “guíen” <sup>19</sup> a sus hijos en el camino que éstos elijan <sup>20</sup> según su capacidad progresiva <sup>21</sup>.

### III.1. La responsabilidad parental en el Código Civil

La titularidad de la responsabilidad parental recae siempre sobre ambos padres, mientras que, como regla, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos si conviven<sup>22</sup>.

Este ejercicio puede ser actuado de manera conjunta o indistintamente, presumiéndose en este caso que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro, salvo la necesidad de consentimiento expreso de ambos padres, respecto de los supuestos establecidos en el art. 264 quater del Código Civil y cuando mediere oposición.

---

<sup>18</sup> El art. 3 de la ley Ley 26.061, “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (B.O.: 26/10/05) expresa que “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

<sup>19</sup> Lloveras, Nora; Salomon, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Bs. As., 2009, p. 428.

<sup>20</sup> Cfr.: ZUCCOLILLO Marisa, *El Interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras leyes*, en El dial Martes, 17 de Noviembre de 2009 - Año XII - N° 2905. JUNYENT, Patricia; *El interés superior del niño y su significado a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en Semanario Jurídico: Número: 1534 17/11/2005 Cuadernillo: 20. Tomo 92. Año 2005 - B

<sup>21</sup> Lloveras, Nora; Oviedo, María Natalia; Monjo, Sebastián, *Daños causados por el incumplimiento de la obligación alimentaria de los hijos menores de edad derivada de la responsabilidad parental*, Abeledo Perrot Córdoba, Revista n° 9, Septiembre 2010, páginas 968 á 982.

<sup>22</sup> En el CCiv vigente, la llanada “patria potestad” luce regulada desde el art. 264 al 310, en el Título II “De la patria potestad”, en la Sección Segunda, nominada “De los derechos personales en las relaciones de familia”, del Libro Primero “De las Personas”.

Si los padres no conviven, como regla, el ejercicio es unipersonal – preferente - y recae sobre quien detenta la “tenencia” de los hijos, otorgando la ley un derecho al progenitor no ejerciente a visitar y supervisar la educación de sus hijos (art. 264 inc. 2 del Código Civil), además de exigir su consentimiento en los actos trascendentes de la vida del hijo menor, a tenor del art. 264 quater CCiv.

Este sistema vigente al 2013, es el que deviene reformulado en el Proyecto.

### **III.2. La responsabilidad parental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

En el Proyecto de Código Civil y Comercial se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal.

Según el art. 641 PrCCivCom, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

Se prevé en el art. 642 PrCCivCom la posibilidad de acudir al juez competente en caso de desacuerdos entre los progenitores, a los fines de que resuelva por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Se establece que en caso de desacuerdos reiterados o si concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos (2) años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Por otra parte, respecto del cuidado personal, el art. 648 del Proyecto lo define como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, estableciendo que cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649 PrCCivCom).

Respecto del cuidado personal compartido, admite dos modalidades: alternada o indistinta. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el cuidado indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (art. 650 PrCCivCom).

Se establece como regla general el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651 PrCCivCom), regulando que, en caso de que sea atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo (art. 652 PrCCivCom), imponiendo a cargo de los progenitores el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654 PrCCivCom).

### **III.3. Cambio de concepción: desde lo unipersonal hacia lo compartido**

Como observamos anteriormente, se produce un cambio de concepción en la legislación proyectada, en la responsabilidad parental: partiendo de lo unipersonal (art. 264 y ss. CCiv) se transita hacia lo compartido (arts. 641 y 648 del PrCCivCom).

El cambio mencionado ya había sido avanzado por la Ley 26.061, que en el art. 7 establece que “la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia

pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”.

Lo expuesto importa la mutación en la base de la responsabilidad parental puesto que se recorre un sendero compartido, de responsabilidad solidaria de ambos padres o madres en el cuidado y la atención de sus hijos.

Este cambio impacta fuertemente en la responsabilidad civil de los padres por el hecho de los hijos, como apuntamos más adelante.

#### **IV. La responsabilidad civil de los padres por el hecho de los hijos**

Una vez sentados los principios generales de la responsabilidad parental, analizamos la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el sistema general de responsabilidad civil.

##### **IV.1. Regulación actual de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos**

Actualmente, la responsabilidad de los padres se encuentra regulada en el art. 1114 del Código Civil, según las modificaciones introducidas leyes 23.264 de 1985<sup>23</sup> y 24.830 del año 1997<sup>24</sup>.

Antes de 1985, el art. 1114 CCiv. establecía la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores, conforme al sistema de ejercicio de la patria potestad, anterior a la reforma de la ley 23264 del año 1985: solo respondía el padre y por su muerte, ausencia o incapacidad la madre, eran responsables de los daños causados por los hijos menores de edad.

La ley 23264 de 1985, reforma el CCiv, y la patria potestad, disponiendo un sistema de ejercicio diferente; en consecuencia reformula el art. 1114 CCiv,

---

<sup>23</sup> Ley 23264, Código Civil y Código de Comercio, Filiación – Modificaciones. Sancionada: 25.09.1985. Promulgada: 16.10.1985. Publicada en el B.O. del 23.10.1985, número: 25789, página: 1.

<sup>24</sup> Ley 24280, Código Civil, Modifica los artículos 1114, último párrafo y 1117. Sancionada: 11.06.1997. Promulgada de Hecho: 3.07.1997. B.O.: 07/07/97  
El art. 1 agrega como último párrafo del art 1114 del Código Civil lo siguiente: "Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo." . Y el art. 2, alude a los establecimientos educativos y los alumnos menores.

estableciendo que:<sup>25</sup> “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 estuviere al cuidado del otro progenitor.

Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo”. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.830 B.O. 7/7/1997.)

Los daños causados por los hijos menores sujetos a responsabilidad parental, como principio general, imponen la responsabilidad civil de los padres -indirecta-, en los términos del art. 1114 y concs. del CCiv.

La mayoría de edad se alcanza en el derecho argentino a los dieciocho años, por lo que los padres responden por los daños causados por los hijos hasta que éstos cumplan esa edad, según el art. 126 del CCiv.

Hasta la ley 26.579 del año 2009<sup>26</sup>, la mayoría de edad se extendía hasta los 21 años, lo que traía como consecuencia que no pocos progenitores emancipaban a sus hijos, intentando con ello, a partir de los dieciocho años, eludir la responsabilidad civil que la ley impone a los padres por los daños que causen sus hijos (arg. arts. 131, 2° párr., 264, 264, 264 quater, inc. 2°, 1114 y concs., CCiv.).

Desde otra perspectiva, también se presentaba la situación del menor de 21 años que contaba con licencia para conducir, a partir de los 18 años, y que su padre o madre, le autorizaban fácticamente en tales condiciones, a comandar un rodado de titularidad del progenitor, o de un tercero. Los daños que el hijo ocasionaba en estas circunstancias se intentaba excluir de la responsabilidad civil de los padres, que la ley les atribuye.

Por consiguiente, la plataforma preseñalada define concurrentemente dos títulos atributivos de responsabilidad o de imputación de la responsabilidad civil de los padres: a) la responsabilidad que tienen como padres en el ejercicio de la patria potestad por los daños que cause el hijo menor no emancipado, es decir, responsabilidad indirecta o refleja (art. 1114 y concs., CCiv.); y b) la responsabilidad que tienen las personas de los padres como propietarios de la cosa con la que se causó el daño, es decir del automotor.

---

<sup>25</sup> El actual art. 1114 CCiv, tiene como origen el art. 6 de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985. Se aclara que el párrafo final se agrega por la ley 24.830 del año 1997, como ya se señaló.

<sup>26</sup> Sancionada: 2.12.2009, Promulgada: 21.12.2009.

Esto es, la respuesta civil del padre y/o la madre, por ser titular del dominio de la cosa riesgosa con la que se provoca el daño, conforme al art. 1113, CCiv.

Se apunta que <sup>27</sup> si el hijo está habilitado reglamentariamente para conducir, respondía directamente por los daños que cause a terceros, y excluía la obligación resarcitoria de sus padres, ya que el menor adulto tiene una constancia oficial de su aptitud para manejar, que se alza como prueba suficiente de que el progenitor no ha incurrido en culpa alguna que signifique violación de sus deberes de cuidado y vigilancia respecto de la conducta del menor <sup>28</sup>.

A partir de la ley n° 26.579, el debate en torno a la habilitación para conducir ha quedado desactualizada o se ha tornado estéril, por cuanto a partir de los 18 años la persona adquiere la mayoría de edad y, por tanto, cesa la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos.

Subsiste, sin embargo, el debate en cuanto a la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores de edad, en el supuesto en que el conductor del rodado cuente con habilitación para conducir desde los 17 años de edad y que el hecho dañoso se haya producido durante la menor edad.

#### **IV.1.1. La discusión sobre el factor de atribución**

Desde otra perspectiva, se discute el factor de atribución que corresponde endilgar a la responsabilidad estatuida a los padres por el art. 1114 CCiv., según diferentes miradas que reseñamos seguidamente.

a) por un lado, quienes entienden que se trata de una responsabilidad subjetiva fundada en la falta de vigilancia activa o culpa “*in vigilando*” (Salvat, Salas, Lafaille, Borda, Bustamante Alsina)<sup>29</sup>; en una falta en la educación (Aguiar, Ovejero) <sup>30</sup>; o ambas (Llambías, Alterini, Orgaz);

---

<sup>27</sup> Reyna, Carlos A., *Comentarios a los artículos 1114 y 1116 del Código Civil*, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T. III, ps. 633 y ss. (art. 1114), y ps. 674 y ss. (art. 1116), Hammurabi, Buenos Aires, 1999. Efectuando una ilustrada síntesis de las diferentes posiciones que se explayan sobre el fundamento de la responsabilidad de los padres.

<sup>28</sup> Cfr. Bustamante Alsina, Jorge, *Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad*, LL, 1988-E-282; Llambías, Jorge J., *Responsabilidad excusable de los padres: determinación y desplazamiento*, ED, 82-481 y ss.; Trigo Represas; Compagnucci De Caso, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, T. II, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 233 y ss.

<sup>29</sup> Puede verse el desarrollo de estas posiciones, en: Trigo Represas, Felix A.; López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Bs. As., 2004, T. III, p. 131.

b) Pizarro y Vallespinos <sup>31</sup> sostienen, de lege lata, que reconoce su fundamento en la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad de cuidado, vigilancia y educación de los hijos y se asienta en la idea de culpa, por lo que constituye una responsabilidad subjetiva presumida iuris tantum por la ley, postura que guarda armonía con la eximente del art. 1116 CC; de lege ferenda, entienden que debe asentarse en la culpa presumida, que atienda a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, ya que si fuera objetiva puede resultar desmedida;

c) por otra parte, quienes reconocen naturaleza objetiva, ya sea por la garantía de mayor solvencia patrimonial (Wayar), por la responsabilidad parental en sí misma (Lloveras <sup>32</sup>, Trigo Represas, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González) o por riesgo (Bueres, Mayo, Mosset Iturraspe) <sup>33</sup>.

Se ha reflexionado en la doctrina francesa que observando la responsabilidad del menor que plantea dificultades en el orden moral, social y jurídico, si "es justo no otorgar reparación a la víctima de un menor porque ha tenido la mala suerte - suplementaria- de que su daño haya sido causado por un inconsciente...", es decir dejar sin reparación a la víctima de un menor <sup>34</sup>.

Por nuestra parte, hemos expresado con anterioridad que el ejercicio de la patria potestad es el fundamento de la responsabilidad de los padres, como regla genérica <sup>35</sup>. La convivencia con el hijo -requisito de la responsabilidad de los padres<sup>36</sup>- importa el

<sup>30</sup> Véase sobre el tema, con gran provecho: Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños, Presupuesto y funciones del derecho de daños*, Hammurabi, Bs. As., 1999, T. IV, 657 y ss. Sostiene que en el derecho vigente, teóricamente el fundamento sigue siendo el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (de vigilancia activa y de educar a los hijos), aunque en la realidad práctica ese fundamento se aproxima a la sola existencia de esos deberes (p. 660).

<sup>31</sup> Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., 2009, T. 4, p. 423 y ss.

<sup>32</sup> Lloveras, Nora, *El menor habilitado para conducir y la responsabilidad refleja de los padres*, En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.), LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001, Lexis N° 1013/002924.

<sup>33</sup> Puede verse con provecho: Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., 2009, T. 4, p. 423 y ss.

<sup>34</sup> Chabas, François, "La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo", trad. por Aída Kemelmajer de Carlucci, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 247 y ss.

<sup>35</sup> Lloveras, Nora, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, dir. por Alberto J. Bueres, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 111.

<sup>36</sup> Cfr.: Christello, Martín Alejandro. *Hechos de los hijos. Responsabilidad de los padres. Con especial referencia al Proyecto de Unificación de 1998*, p. 105 y ss. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr.*

ejercicio de la autoridad de los progenitores sobre él, como principio general. Y la excepción contenida en el último párrafo del art. 1114 del CCiv. no hace sino confirmar la regla: la ley atribuye la responsabilidad al padre no ejerciente en el supuesto de que el acto ilícito acaezca cuando el menor se encuentra bajo su cuidado <sup>37</sup>.

#### **IV.1.2. La patria potestad y la responsabilidad civil**

El padre y la madre son solidariamente responsables por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos; y si no conviven, es responsable el padre que ejerce la tenencia del menor, salvo que el hecho dañoso se produzca cuando el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor (art. 1114, CCiv.).

El ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad civil deberán siempre analizarse en el marco del art. 1114 del CCiv. que regla la responsabilidad de los padres, en relación al art. 264 del CCiv. que expone el sistema de ejercicio de la autoridad; es decir, observar <sup>38</sup>:

a) si el padre y la madre ejercen la patria potestad, ambos (art. 264, incs. 1º y 5º, primera parte, art. 1114, párr. 1º, CCiv.);

b) si uno de los progenitores ejerce la patria potestad de modo preferente (art. 264, incs. 2º, y 5º, 2ª parte, CCiv.; art. 1114, 2º párr., primer supuesto, CCiv.);

c) si uno de los progenitores ejerce de modo preferente la autoridad, cuándo y conforme a qué régimen el padre no ejerciente de la patria potestad tiene a su cuidado el hijo menor (art. 264, incs. 2º, y 5º, 2ª parte; art. 1114, 2º párr., segundo supuesto, CCiv.).

Ésta es la difícil tarea de la víctima tendiente a individualizar frente a los progenitores, eventuales legitimados pasivos por los daños ocasionados por el hijo menor, es decir a los presuntos responsables o al presunto responsable, según la situación de ejercicio de la autoridad que se configure en el caso.

En algunos supuestos se presentará un solo título de imputación, verbigracia, ser el padre ejerciente de la patria potestad o ser ambos los padres ejercientes de la patria

Roberto M. Lopez Cabana. Director: Oscar J. Ameal. Coordinadora: Silvia Y. Tanzi. Abeledo Perrot. Bs.As. 2001.

<sup>37</sup> Lloveras, Nora, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores*, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, dir. por Alberto J. Bueres, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 128.

<sup>38</sup> Lloveras, María E.; Lloveras, Nora, *Reflexiones acerca de la patria potestad y algunas de sus funciones más relevantes*", en Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

potestad, si conviven en armonía, sean matrimoniales o extramatrimoniales; en otros supuestos, se exhibirían dos títulos de atribución de responsabilidad, ser padre o padres ejercientes y ser el dueño o titular del rodado con el que se ocasiona el daño (para el caso de daños causados con automóviles o análogos).

En el supuesto del padre no ejerciente de la autoridad -respecto del que tampoco se da el supuesto excepcional del art. 1114, párr. 2º, CCiv.-, no es responsable frente a la víctima.

Como regla general, se expresa que la responsabilidad paterna coincide con el ejercicio de la patria potestad<sup>39</sup>, por lo que en síntesis los padres convivientes responden solidariamente y si no conviven, responde aquel que ejerce la tenencia <sup>40</sup>, con la aclaración efectuada.

Si se trata de padres no convivientes y el hecho ocurre cuando el hijo estaba al cuidado del que no ejercía la tenencia, no surge la responsabilidad para quien ejerce la patria potestad (art. 1114, párr. 2º, segundo supuesto, CCiv.): el padre no ejerciente es el responsable, desplazando la responsabilidad del padre ejerciente de la autoridad.

#### **IV.1.3. Las eximentes consagradas en el Código Civil vigente**

Existen eximentes de la responsabilidad paterna, que la ley prevé en el derecho vigente, y que apuntamos seguidamente.

a) la prueba de que ha sido imposible impedir el hecho mediante una vigilancia activa sobre el hijo (art. 1116, CCiv.).

El art. 1116, CCiv., norma 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".

Más allá del debate doctrinario y jurisprudencial estructurado sobre esta norma preconsignada – 1116 -, a propósito de los daños causados por los menores en presencia de sus padres o fuera de la presencia de sus padres, lo esencial a nuestra mirada es que el sistema indica en primer lugar que los padres son responsables por los daños que causan los hijos menores (art. 1114, CCiv.) y, en segundo lugar, que para liberarse de

<sup>39</sup> Lloveras, Nora, Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23264 del año 1985, Depalma, Buenos Aires, 1985, comentario al art. 264, CCiv.

<sup>40</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños, Presupuesto y funciones del derecho de daños*, Hammurabi, Bs. As., 1999, T. IV, ps. 666 y ss.

esta responsabilidad deben demostrar que les ha sido imposible evitar el daño mediante una vigilancia activa (art. 1116, CCiv.).

b) la transmisión o transferencia de la guarda (art. 1115, CCiv.)

El art. 1115 CC estatuye que "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".

La transmisión de la guarda del menor, en ciertas condiciones, configura una causa de exoneración de la responsabilidad de los padres por los daños que ocasionen los hijos menores.

En este supuesto, y cumplidas las condiciones de procedencia de la exoneración, la responsabilidad de los padres es sustituida por la de aquellas personas a quienes se encargó la vigilancia y cuidado del hijo menor (arts. 1113, 1117 y cons., CCiv.).

#### **IV.2. La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

En materia de responsabilidad civil o derecho de daños, el Proyecto, recobra el significado del abordaje de una faceta preventiva y una faceta disuasoria, además de la regulación específica genérica frente al daño ya producido, que tanta importancia ha adquirido para la sociedad en los últimos años, como se señala desde la doctrina<sup>41</sup>.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regula la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en los artículos 1754 y 1755<sup>42</sup>.

El art. 1754 establece: "**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 caber a los hijos".

El art. 1755 preceptúa: "**Cesación de la responsabilidad paterna.** La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo

---

<sup>41</sup> Cfr. en la materia: Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad civil en el proyecto de 2012. ps 451 y ss. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial – II, 2012 -3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

<sup>42</sup> Proyecto Código Civil y Comercial. Libro Tercero. Derechos Personales; Título V "Otras fuentes de las obligaciones" (1708 y ss.). Capítulo 1 "Responsabilidad civil", Sección 6ª "Responsabilidad por el hecho de terceros" (1753 á 1756).

la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente<sup>43</sup>. 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”.

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la responsabilidad parental que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos, cuando se de el caso.

De esta manera, se resuelven ciertos aspectos que habían traído un debate doctrinario, fijándose la regla general, el factor de atribución, y las eximentes.

#### **IV.2.1. Responsabilidad solidaria de los padres**

Deviene fundamental que el Proyecto haya establecido una responsabilidad solidaria de ambos progenitores frente al hecho de los hijos, sin distinguir si el ejercicio de la responsabilidad parental recaía sobre uno u otro<sup>44</sup>, aclarándose que la regla es el ejercicio por ambos progenitores, conforme al art. 641 PrCCivyCom.

La norma del art. 1754 PrCCivyCom tiene su fundamento en el cambio acaecido en la diagramación del régimen de ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal de los hijos.

Ambos padres tienen incidencia y responsabilidad en el cuidado y educación de los hijos, por lo que ambos deben afrontar solidariamente las consecuencias lesivas frente a la víctima<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Estimamos que esta norma del art. 1755, según nuestros archivos, ha agregado la expresión donde apuntamos: “*No cesa en el supuesto previsto en el art. 643*”. El art. 643 ProCCivyCom regula la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, que puede acaecer por el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, otorgándose ese ejercicio a un pariente o tercero idóneo; el acuerdo debe ser homologado judicialmente, y tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por un período más. Los padres conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

<sup>44</sup> El art. 641 del PrCCivyCom estatuye el ejercicio de la responsabilidad parental, como regla, en caso de convivencia y en caso de no convivencia, a ambos progenitores. Se contemplan excepciones – además de los actos trascendentes del art. 645 PrCCivyCom-, pudiendo otorgarse el ejercicio de la responsabilidad parental por uno de los padres o establecerse modalidades distintas..

<sup>45</sup> Nos remitimos a lo expuesto en el punto III.3., del presente trabajo.

La regla del ejercicio o contenido unipersonal fue sustituida o reemplazada por “lo compartido” y así se manifiesta en el carácter de la responsabilidad.

Debe quedar claro que el ejercicio de la responsabilidad parental, refiere el actuar de los deberes derechos de los padres tanto en los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes del hijo, y como regla general marca un giro cualitativo en la regulación del ejercicio de la responsabilidad parental: el ejercicio corresponde a ambos progenitores convivan o no – salvo algunas excepciones –. Por consiguiente el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, matrimoniales y extramatrimoniales, convivan o no convivan, con independencia de la residencia diaria del hijo – que se contempla en el cuidado personal –.

El ejercicio se distingue del “cuidado personal” (art. 648 PrCCivCom), comprendiendo en este concepto los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Se sustituye el clásico y anterior término “tenencia”, aunque el cuidado personal del hijo luzca y responda a un contenido distinto, superador y cualitativamente acorde a los derechos de los NNA, como persona.

Se configura el cuidado personal compartido (art. 650 PrCCivCom) - la custodia compartida - frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares <sup>46</sup>.

Estas distinciones, y la regulación de la responsabilidad parental, en el ejercicio y el cuidado personal del hijo, deberá ser tomada en cuenta a la hora de interpretar o decidir en las áreas del derecho de daños, en cuanto a la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos.

La responsabilidad de los padres es solidaria por los hechos de los hijos que estén bajo tal responsabilidad y que habiten con ellos.

En consecuencia, cesa la responsabilidad si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona transitoria o permanentemente – excepto en la hipótesis de la delegación de la responsabilidad parental, prevista en el art. 643 PrCCivCom- o cuando la “no convivencia” del hijo deriva de una causa atribuible al padre o a los padres – art. 1755, 2do párrafo, PrCCivCom-.

#### **IV.2.2. Responsabilidad concurrente de los hijos**

---

<sup>46</sup> El art. 650 PrCCivCom, establece las modalidades del cuidado personal compartido, que son el modo alternado y el modo indistinto.

El Proyecto consagra la responsabilidad concurrente de los hijos, lo que trae como consecuencia, que se señalen dos responsables frente a la víctima, esto es, el hijo autor del hecho ilícito y los padres, quienes responden a través de un factor objetivo.

De esta manera, se identifican con claridad los responsables y el carácter de la responsabilidad de los hijos y de los padres: es concurrente.

Pizarro y Vallespinos lo ilustran expresando que las obligaciones concurrentes son aquellas “que tienen identidad de acreedor y de objeto debido, pero presentan distinta causa y deudor ... en las obligaciones concurrentes encontramos una pluralidad de obligaciones que presentan los caracteres comunes antes indicados... Dado que el objeto debido es el mismo para todas las obligaciones concurrentes, bastará con que uno de los deudores lo pague para que opere la cancelación de todas las deudas. En consecuencia, el acreedor no podría pretender cobrar nuevamente a los otros deudores, pues al recibir el primer pago quedó desinteresado”<sup>47</sup>.

La tendencia actual del derecho de daños<sup>48</sup> no es reprimir, sancionar o de otro modo castigar al autor, sino perseguir que el daño sea reparado, es decir que la víctima tenga asegurada la reparación, por la mayor cantidad de vías posibles.

En otras palabras, se indica como positivo sumar "reparadores" (por ello la responsabilidad concurrente del hijo) y no restar las personas que pueden eventualmente cumplir ese acto de restitución en especie, frente al daño.

El fundamento de esta solución legislativa del Proyecto, la observamos, entre otros argumentos, también en la consagración expresa de la capacidad progresiva de los NNA.

#### **IV.2.3. El factor de atribución objetivo**

Se identifica el factor de atribución objetivo como fundamento de la responsabilidad de los padres, en el art. 1754 PrCCivCom.

---

<sup>47</sup> Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., 2004, T. 1, p. 606 y 607.

<sup>48</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída; Parellada, Carlos, en *Responsabilidad civil*, dir. por Jorge Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, ps. 347 y ss.; Belluscio, Augusto C.; Zannoni, Eduardo A.; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, ps. 141 y ss.; Bueres, Alberto; Mayo, Jorge, *La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (Algunos aspectos esenciales)*", Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 12, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, ps. 285 y ss.

No dejamos de apuntar que en el régimen vigente, un sector de opinión ya pretendía endilgar responsabilidad mediante un factor objetivo; pero lo cierto es que, de lege lata, el factor estaba anclado en la culpa presumida por falta de vigilancia activa y las eximentes eran coherentes con dicho sistema.

Se produce una mutación de relevancia, al determinar normativamente que la responsabilidad es objetiva, apartando toda duda e interpretación sobre tal aspecto, como regla general.

La culpa presumida o los factores subjetivos son descartados para esta responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos que descansa, en el Proyecto, en los pilares objetivos, con todas las consecuencias que ello trae aparejado (vgr. inversión de la carga de la prueba, limitación de los eximentes a la ruptura del nexo causal, presunción de causalidad, entre otros).

Creemos que esta delimitación conceptual y sistémica constituye uno de los principales cambios paradigmáticos en la materia eje de esta propuesta de reforma en el derecho de daños.

#### **IV.2.4. Las eximentes de responsabilidad**

Vemos cómo se aclaran e identifican las eximentes de responsabilidad, eliminando la prueba de la no culpa como causal exoneratoria e incorporando aquellas que derivan de actividades desplegadas por el hijo, inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros, o por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas (art. 1755, párr. 3º, Pr CCivCom).

Si la responsabilidad de los padres es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aún habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar.

Es decir, los padres no pueden liberarse de responsabilidad con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito.

En conclusión, la tendencia actual del derecho de daños no autoriza a perfilar flexiblemente vías de escape de la responsabilidad civil que la ley impone, exigiendo desde la víctima, que las excepciones o eximentes que se encuentran en el sistema vigente se interpreten con el rigor exegético pertinente.

De esta manera, se asume responsablemente el principio de autonomía o capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes.

De lo expuesto, podemos señalar que la autonomía o capacidad progresiva de los niños los beneficia pero también los responsabiliza por sus acciones, en el caso concreto, atribuyéndoles responsabilidad por el hecho propio, de manera concurrente con sus padres, quienes lo hacen por el hecho ajeno.

Entendemos que los cambios propuestos por el Proyecto se adecuan al nuevo estándar de responsabilidad parental, a los principios que la iluminan, a la protección de la víctima y a la reparación plena o integral.

## **V. Conclusiones**

A manera de síntesis apuntamos las siguientes conclusiones.

### **a.El derecho vigente**

En el régimen vigente debe siempre observarse, en el caso concreto, el régimen puntual de ejercicio de la patria potestad. Los padres convivientes responden solidariamente por los daños causados por los hijos, y si los padres no conviven, responde aquel que ejerce la tenencia. Si se trata de padres no convivientes y el hecho ocurre cuando el hijo está al cuidado del que no ejercía la tenencia, el padre no ejerciente es el responsable, desplazando la responsabilidad del padre ejerciente de la autoridad.

### **b.El Proyecto CCivCom y la responsabilidad parental**

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación produce un cambio de concepción partiendo desde el ejercicio de la responsabilidad parental unipersonal hacia un sistema compartido, en todos los casos, como principio

Incorpora de modo autónomo, la figura del cuidado personal del hijo, que es compartido como regla.

Ello importa la mutación de la base de la responsabilidad parental puesto que se recorre un sendero compartido, de responsabilidad solidaria en el cuidado y la atención de los hijos comunes.

La responsabilidad de los padres es solidaria por los hechos de los hijos que estén bajo tal responsabilidad y que habiten con ellos (art. 1754 PrCCivCom).

### **c.El art. 1114 CCiv vigente**

En el régimen vigente el padre y la madre son solidariamente responsables por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos; y si no conviven, es

responsable el padre que ejerce la tenencia del menor, salvo que el hecho dañoso se produzca cuando el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor (art. 1114, CCiv.).

**d. Los arts.1115 y 1116 CCiv vigente**

Los padres, para liberarse de esta responsabilidad deben demostrar que les ha sido imposible evitar el daño mediante una vigilancia activa (art. 1116, CCiv.) o la transmisión o transferencia de la guarda (art. 1115, CCiv.).

**e. Los cambios relevantes en el Proyecto en el derecho de daños y la responsabilidad parental**

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, prevé los siguientes cambios:

e.1. Establece una responsabilidad solidaria de ambos progenitores frente al hecho de los hijos, sin distinguir si el ejercicio de la responsabilidad parental recae sobre uno u otro.

e.2. Consagra la responsabilidad concurrente de los hijos.

e.3. Identifica el factor de atribución objetivo como fundamento de la responsabilidad.

e.4. Se aclaran e identifican las eximentes de responsabilidad, eliminando la prueba de la no culpa como causal exoneratoria e incorporando aquellas que derivan de actividades desplegadas por el hijo, inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros, o por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas.

**e.5.Cese de la responsabilidad**

Cesa la responsabilidad si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona transitoria o permanentemente – excepto en la hipótesis de la delegación de la responsabilidad parental, prevista en el art. 643 PrCCivyCom- o cuando la “no convivencia” del hijo deriva de una causa atribuible al padre o a los padres – art. 1755, 2do párrafo, PrCCivyCom-.