

Sistema de responsabilidad por daños causados o sufridos por niños o adolescentes

por **CARLOS A. PARELLADA**⁽¹⁾

I | Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) asume una serie de preocupaciones de la sociedad civil actual desde una óptica realista que resulta destacable y sin resignar aspiraciones transformadoras. Indudablemente la nueva realidad social de la llamada “cultura joven” presenta características comunes a las de la juventud tradicional o modernista, pero también evidencia múltiples novedades propias de la era del consumo o la posmodernidad que, desde algunos ángulos de reflexión, llaman la “juventud fronteriza”, evocando la situación de tránsito entre el mundo de la certidumbre y el orden y el mundo posmoderno de las identidades híbridas, tecnologías electrónicas, prácticas culturales locales y espacios públicos pluralizados.⁽²⁾

.....

(1) Abogado. Profesor titular de Derecho Informático y de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor titular de Derecho de las Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Mendoza. Profesor titular de la Cátedra de Derecho Procesal Concursal del curso de Posgrado de Sindicatura Concursal organizado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Coordinador y Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños de las Universidades Nacionales del Litoral y de Cuyo.

(2) GIROUX, HENRY, “Educación posmoderna y generación juvenil”, en *Nueva Sociedad*, n° 146, [en línea] http://www.nuso.org/upload/articulos/2554_1.pdf

Las aspiraciones han sido delineadas sobre la base de una sociedad civil pluralista y multicultural, no discriminatoria, con búsqueda de una igualdad real —por encima de la formal— que requiere protección de los más vulnerables, inspirada en la teoría de los derechos fundamentales del hombre, la democratización de la familia, y los valores y principios expresados en la asunción del bloque de derechos constitucionalizados que orientan toda la labor jurídica.⁽³⁾ La nueva concepción acerca de la multiplicidad de tipos de familia⁽⁴⁾ y la aparición de nuevos protagonistas en el ámbito familiar exige una coordinación con respecto a quiénes son los nuevos responsables por los niños y adolescentes que causan daños.

Lo que nos proponemos es aproximarnos, a la luz de las nuevas normas, al programa de resolución de los conflictos a los que da lugar el daño sufrido por los menores y los causados por ellos, y su distribución entre los operadores educativos: la familia y sus auxiliares, la escuela o la comunidad. Por ello, abordaremos breve y superficialmente la nueva regulación de las familias y los nuevos protagonistas de auxilio familiar en el orden a la guarda de los menores y la responsabilidad que se establece para quienes operan formalmente en el orden de la educación: los establecimientos educativos.

En virtud de que estamos convencidos de que todos los temas vinculados a la familia y la educación son polémicos, opinables, se impone entender estas líneas desde la humildad que requiere su acercamiento a ellos, porque difícilmente exista una respuesta unívoca a los problemas que plantea por el hecho de que la formación de los niños y adolescentes es una tarea eminentemente proyectiva en la que nunca es seguro acertar.

En primer lugar, es necesario destacar que el sistema se estructura sobre los valores que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN),⁽⁵⁾ teniendo especialmente en cuenta la ley 26.061 que plasma una especie de reglamentación de aquella. En especial, la CDN, en su art. 4º, establece que los Estados Partes adoptarán las medidas

.....
(3) LORENZETTI, RICARDO L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda parte. Algunos aspectos del Código, n° 3 y 6, en LL To. 2014-E, p. 1243 y LL online: AR/DOC/3561/2014

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentina de 2014", en *La Ley. Suplemento diario*, 08/10/2014.

(5) Ley 23.849.

administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en esa Convención, y en el art. 5° se comprometen a respetar las responsabilidades, 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 de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en ella. Por su parte, han asumido la protección del niño contra toda forma de perjuicio o abuso de cualquier tipo (arts. 19 y 34), reconociendo su derecho a la educación fijando objetivos (arts. 28 y 29), velando por la disciplina escolar administrada de modo compatible a la dignidad del niño.

Coherente con dicho sistema se estructura una protección permanente del niño, sea a través de los padres, de auxiliares en su función y de los titulares de los establecimientos educativos que, al mismo tiempo, resultan gravados con la responsabilidad —más o menos severa, según los casos— de los daños que sufran los niños y los terceros en virtud de los hechos de los menores.

De esta forma se concilia el interés en la protección que ostenta toda persona a la incolumidad, tanto los terceros como los propios niños, que en virtud de su inmadurez, falta de experiencia y conductas lúdicas pueden ocasionar y sufrir daños.

Por razones de necesidad de orden expositivo, analizaremos en primer término los daños sufridos por los niños y, luego, los causados por ellos. Por la misma razón, y para evitar repeticiones innecesarias, las referencias normativas numéricas que no contienen determinación de la pertenencia corresponden a los artículos del CCyC.

2 | Los daños sufridos por los niños y adolescentes

El ser humano se caracteriza por ser uno de los seres que nace con las mayores debilidades y sus posibilidades de subsistencia requieren necesariamente de inmediatos, numerosos y permanentes auxilios durante un largo período a partir del momento en que se asoman al mundo, ya que no puede valerse por sí mismo sino después de un tiempo mucho más prolongado que las demás especies.

De allí que sea necesaria una protección especial que se ha de prolongar hasta el momento en que vaya adquiriendo, en forma progresiva, la madurez suficiente que le permita proveerse de sus necesidades básicas y dirigirse autónomamente y de acuerdo a la trascendencia que tengan sus acciones.

El derecho se hace cargo de esa debilidad proveyéndole institucionalmente protección a través la adjudicación de una impotencia, que era muy rígida y que ahora, en el nuevo régimen, va cediendo en forma gradual, acompañando su proceso de maduración.⁽⁶⁾

Durante la minoridad, los daños que pueda sufrir el menor se dilucidan de acuerdo al régimen de la responsabilidad civil general —de acuerdo a la naturaleza del hecho generador de la obligación de responder, conforme el capítulo I del título V del Libro III—. La indemnización de los daños que sufran los menores puede ser reclamada por sus representantes legales: en principio, los padres, y a falta de estos, incapacidad de ambos o privación o suspensión de la responsabilidad parental, los tutores que se les haya designado (art. 101, incs. a y b) actuando complementariamente el Ministerio Público, o directamente por este cuando existieran derechos comprometidos de los representantes con el objeto de exigir el cumplimiento de estos de los deberes respecto de los cuales se muestren inactivos o para la provisión de representantes si no los tuvieran (art. 102).

2.1 | Especial prevención de daños sufridos por menores. La obligación de denunciar y el supuesto de padres adolescentes

Dos normas especiales se vinculan con la prevención de los daños que puedan amenazar a los menores.

La primera norma tuitiva tendiente a la prevención de los daños sufridos por los menores se incluye en el art. 111 que impone el deber de

(6) En el nuevo régimen, en relación a la capacidad de ejercicio, se reconoce un régimen de minoridad que presenta tres etapas: hasta los 13 años, un régimen de incapacidad, pero considerándolo una persona en desarrollo debe ser escuchado, especialmente cuando sus intereses puedan entrar en conflicto con los de sus representantes legales de acuerdo a sus edad y grado de madurez; otra etapa, la adolescencia, desde de los 13 hasta los 16 años, y finalmente, desde los 16 años, en la que se lo considera adulto a los fines de las decisiones sobre su propio cuerpo (art. 26).

denunciar la situación del niño o adolescente que no tenga un referente adulto que lo proteja a los parientes obligados a prestar alimentos, guardador, tutores designados por los padres (art. 106) o delegados en el ejercicio de la patria potestad, a los encargados del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La omisión de la denuncia dentro de los diez días de haber conocido la situación provoca la pérdida de la posibilidad de ser designado tutor y la responsabilidad por los daños y perjuicios que haya ocasionado la omisión de la denuncia.

La segunda se vincula con la situación de los menores que son hijos de padres adolescentes. Los adolescentes que, a su vez, sean progenitores de menores son titulares y ejercen la responsabilidad parental en una forma limitada, conforme lo dispuesto por el art. 644; sus responsables parentales tienen el derecho y deber de oponerse a los actos que pudieran perjudicar a su nieto e intervenir cuando los progenitores —aunque uno de los padres del niño tenga plena capacidad— omitan las acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo del niño. Entendemos que tienen el derecho y el deber en virtud de que la norma citada, en esta situación y en el interés del niño, se vincula al deber de prevención del daño impuesto en general por el art. 1710, concretando la función preventiva de la responsabilidad civil.

2.2 | Responsabilidad de los padres

La responsabilidad de los padres por los daños sufridos por sus hijos quedan sujetas a las normas generales de la responsabilidad por el hecho propio o de las cosas o de las actividades riesgosas, según la naturaleza del hecho dañoso, y teniendo en cuenta los deberes especiales que le impone su carácter de progenitores como custodios de los derechos del niño y formadores de él. En tal sentido, el art. 1754 es ajeno a los daños que sufran los hijos que provengan de la conducta de terceros, de la misma forma que lo es el art. 1114 durante la vigencia del Código Civil.⁽⁷⁾

(7) MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "La responsabilidad civil de los padres" en Lorenzetti, R. J., *Máximos Precedentes-Responsabilidad Civil*, t. III, Bs. As., La Ley, 2013, cap. III, c.3); PARELLADA, CARLOS, "Las eximentes de la responsabilidad por riesgo, el caso fortuito y la culpa de los padres en el ejercicio de la patria potestad", en JA 2012-I, p. 387.

2.3 | Responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos

Desde la vigencia de la ley 24.830⁽⁸⁾ se ha acumulado a la responsabilidad de quienes lo tuvieron a su cargo y omitiesen el cuidado especial que ellos requieren —los directores y maestros artesanos— por los daños que sufrieran, la responsabilidad de los titulares de los establecimientos educativos de naturaleza objetiva. En efecto, en el Código Civil los directores y maestros artesanos respondían sobre una responsabilidad basada en una culpa presumida por los daños causados por los menores, pero los que sufrían estos quedaba únicamente al amparo de la norma del art. 1109, o sea, que se exigía la prueba de la culpa de aquellos. El art. 1117, reformado por la ley 24.830, estableció no solamente la responsabilidad objetiva de los propietarios de los establecimientos educativos por los daños que causan los menores, sino también por los daños que sufren mientras permanezcan en el ámbito de su control. Pero, además, estableció la obligatoriedad de un seguro que cubra la totalidad de los daños por los cuales los hace responsables. De tal modo se asegura una protección integral a un costo diluido en la comunidad de potenciales responsables a través del seguro de responsabilidad civil.⁽⁹⁾

En el CCyC se prevé —en términos en general coincidentes con la ley 24.830—⁽¹⁰⁾ la responsabilidad objetiva de los titulares de los establecimientos educativos, que solo pueden eximirse de ella por la prueba del caso fortuito y con la obligatoriedad de contratación del seguro. Las inquietudes doctrinales se plantean en torno a la responsabilidad del Esta-

(8) Ver por todos: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de 1997", en *La Ley* 1998-B, p. 1047 y ss.

(9) La trascendencia de este sistema ha sido destacada en: CNAC. Civ., Sala H, "G. R., J. H. y otros c/ C., V. J. y otros s/ daños y perjuicios", 02/06/2014, en *La Ley Online*; VILLAGRAN, SANTIAGO, "La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código", en *La Ley*, 2013-A, p. 635, y AR/DOC/6069/2012, cap. IV a); TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Responsabilidad civil de un 'centro' de atención integral, para personas con necesidades especiales", en *Revista RCyS*, 2012-II, cap. VII, p. 17; MOEREMANS, DANIEL E., "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno", en *Revista RCyS*, 2014-IX, p. 36 y *La Ley Online* AR/DOC/1431/2014, ap. C5.

(10) Ha traído mayor claridad en cuanto al sujeto responsable despejando la inquietud que causaba la palabra "propietario" al sustituirla por "titulares" de los establecimientos educativos.

do por las escuelas que les pertenezcan, pero la doctrina generalizada ha entendido que los daños que sufren los menores quedan —de todos modos— sujetos a la responsabilidad de los proveedores de servicios —en el caso, el educativo—, o sea, la de la ley 24.240.⁽¹¹⁾

3 | Daños causados por los niños y adolescentes

3.1 | La responsabilidad de los menores

La novedad más trascendente quizás del tema, aunque la trataremos marginalmente, es que la atribuibilidad de daños a la conducta de menores, aun de menores que no han alcanzado los diez años, constituyen actos involuntarios; sin embargo, de ello no se sigue necesariamente la irresponsabilidad. En su carácter de autores de actos involuntarios son, en principio, responsables por sus actos dañosos. La involuntariedad de un acto no determina la irresponsabilidad, como lo prescribía el art. 907 en su redacción originaria,⁽¹²⁾ ni lo somete a la excepcionalidad de la responsabilidad por equidad, como se dispuso en el texto ordenado por la ley 17.711. En la nueva regulación, el acto involuntario compromete la responsabilidad de su autor, aunque ella puede ser atenuada si resulta equitativo en función del patrimonio del autor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742).

Se ha invertido el principio: la nueva norma dispone la responsabilidad por el acto involuntario y la posibilidad de atenuar esa responsabilidad considerando las circunstancias antes señaladas.

(11) MOIA, ÁNGEL L., "Responsabilidad del Estado por los establecimientos educativos de gestión pública. Viejos y nuevos problemas de la prescripción liberatoria", en *La Ley Online* AR/DOC/3423/2014; MOREMANS, DANIEL E., "Responsabilidad civil de los propietarios...", *op. cit.*, p. 36 y AR/DOC/1431/2014, especialmente cap. D, n° 1.2, quien estima inconstitucional la desigualdad de regulación para establecimientos privados y públicos, pero sin pronunciarse sobre la cuestión en relación al CCyC; ALFERILLO, PASCUAL E., "Daños entre alumnos dentro del establecimiento educacional público. ¿Es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor?", en *Revista RCyS*, 2014-VIII, p. 43 y AR/DOC/2128/2014; PARELLADA, CARLOS A., "Prescripción del reclamo de daños contra el Estado y funcionarios públicos", en prensa (a publicarse en *Revista RCyS*, 2014-XII).

(12) En ese texto no había resarcimiento, sino únicamente restitución en la medida del enriquecimiento que el autor hubiere experimentado.

3.2 | Nuevos tipos de familia y nuevos protagonistas

La organización familiar que se conocía en la época de Vélez satisfacía la responsabilidad por los daños causados por los menores con la responsabilidad de los padres y tutores, prevista en los arts. 1114 a 1116 del Código Civil. Esa responsabilidad era regulada en un modo uniforme para padres y tutores; en principio, bajo los parámetros de la familia patriarcal, organizada sobre la base de la autoridad paterna que engendraba una relación filial de subordinación que “cosificaba” al menor, que era gobernado en forma similar a la potestad que se tenía sobre las cosas. Respondía al modelo “propietarista” sobre el cual se estructuraban la mayor parte de las instituciones de antaño.⁽¹³⁾ Los tiempos actuales, en cambio, parten de una relación filial democratizada que reconoce al niño y al adolescente el carácter de “persona en desarrollo” a quien se le reconoce una capacidad progresiva que le va brindando en forma gradual una mayor autonomía⁽¹⁴⁾ y que debe sujetarse en todo momento el interés superior del niño.

En la realidad que ofrece el inicio del siglo XXI aparecen nuevos tipos de familias: las matrimoniales, compuestas por personas de distinto o igual sexo, las uniones convivenciales que no han contraído matrimonio, con hijos de alguno de sus miembros o de ambos, las monoparentales y, a

(13) Ver BORDA, GUILLERMO J., “La responsabilidad parental en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 383, especialmente, cap. II *in fine*. Desde un ángulo diverso, el autor entiende que las nuevas normas perjudican la necesidad de recomponer la noción de autoridad y conllevar un marcado tinte ideológico. Entendemos que la recomposición del sistema de autoridad es una necesidad tan sentida como la recomposición del sistema de diálogo a través del reconocimiento del otro como persona, aunque esté “en desarrollo”. Todas las épocas tienen sus ideas, y sobre ellas, se construye la ideología que no fue ajena a los tiempos de Vélez ni a las reformas que sobrevinieron en los últimos tiempos. El problema del legislador es conciliar ideologías para el logro de una convivencia social pacífica.

(14) En concordancia con Ley 26.061, art. 3º, inc. d) ; arts. 12, 14, 16, 28, inc. 1º, 29 y 32 CDN; MUÑOZ, 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”, en *Revista RDPyC*, 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 105 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia”, en *Estudios de responsabilidad por daños*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1980, p. 305, especialmente N° 5, ya señalaba, por entonces, la inadaptación de los textos normativos a la realidad familiar actual y la necesidad de una puesta al día.

su vez, las integradas por adolescentes que, a su vez, son progenitores, que pueden asumir las formas biparentales o monoparentales. Todas ellas están contempladas en el nuevo ordenamiento. Ello motiva la necesidad de esclarecer quienes revisten la calidad de obligados por los hechos dañosos de sus hijos.

Obviamente, esos nuevos vientos determinaron una transformación que se proyectó sobre la llamada "patria potestad" o "potestad paterna" hacia una patria potestad compartida, ejercida en situación de igualdad por los progenitores. Hoy, la patria potestad compartida aparece sustituida por una "responsabilidad parental".⁽¹⁵⁾ No se trata de un simple cambio de denominación, sino de una modificación de su esencia que la sujeta a principios fundamentalmente diversos de los inspiradores de la institución en su origen y también diferentes de los que, más recientemente, engendraron la patria potestad compartida. Hoy aparece concebida como una función⁽¹⁶⁾ destinada a protección, formación y desarrollo en el interés del niño, guiada, en primer término, por el interés superior del niño y orientada al reconocimiento de una autonomía progresiva conforme la maduración que va adquiriendo, con consideración de los intereses y sentimientos vehiculizados a través del derecho a ser oído en la toma de decisiones a su respecto⁽¹⁷⁾ (art. 639).

Esa responsabilidad parental, cuya titularidad y ejercicio tienen los progenitores en conjunto (art. 640),⁽¹⁸⁾ sea que convivan (art. 641, inc. a), estén separados de hecho, divorciados o que el matrimonio se anule (art. 641, inc. b) impone una serie de deberes y obligaciones entre las que se comprende la responsabilidad por los daños causados por los menores, como contrapartida del deber de orientación, control y dirección.

.....

(15) Ver Libro II Relaciones de familia, Título VII, Cap. I, Principios generales de la responsabilidad parental.

(16) CATALDI, MYRIAM M., "La responsabilidad parental", en Rivera, J. C. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

(17) En concordancia con la ley 26.061, art. 3º, inc. b); art. 707 CCyC; CORTE IDH, OC 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002, Serie A, Nº 17, consid. 101. PETTIGIANI, EDUARDO J., "¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo", en *Revista Derecho de Familia*, t. 62, Abeledo Perrot, noviembre, 2013, p. 7 y ss.

(18) En concordancia con la ley 26.061, art. 7º: habla de la responsabilidad familiar para asegurar el derecho pleno y ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente.

En los casos de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, el ejercicio puede atribuirse a alguno de los progenitores, sea por su voluntad o por decisión judicial. Pueden también, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad o por decisión jurisdiccional, sujetarse a modalidades. En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, es ejercida por el otro progenitor (art. 641, inc. c). En el caso de los hijos extramatrimoniales con un solo vínculo filial al progenitor con el que está unido jurídicamente (art. 641 inc. d), y si está emplazado en el doble vínculo filial por declaración judicial, corresponde su ejercicio al progenitor al cual se encontraba unido originariamente; también en ese último supuesto se deja a salvo la posibilidad de acuerdo entre los progenitores o decisión judicial (art. 641, inc. e). En todos los casos en los que exista doble vínculo la titularidad corresponderá a ambos progenitores.

Los acuerdos que hagan los progenitores sobre el ejercicio o modalidades tienen valor entre quienes lo celebren, pero no resultan oponibles a la víctimas de los daños que los menores causen, en virtud de tratarse, en principio, de normas indisponibles las que regulan la responsabilidad (art. 1709, inc. a).

En el supuesto de progenitores adolescentes, ellos titularizan la responsabilidad parental aunque sus propios responsables parentales pueden oponerse a la realización de actos que puedan resultar perjudiciales para el niño e intervenir en caso de renuencia de los progenitores del niño a cumplir sus deberes parentales y complementar con su asentimiento ciertos actos trascendentes, aunque uno de los progenitores sea mayor de edad (art. 644). El régimen anterior priorizaba la situación de los abuelos provocando la exclusión de los progenitores adolescentes del ejercicio de la responsabilidad parental. En el CCyC estos titularizan y ejercen una responsabilidad parental con limitaciones, lo que posibilita la asunción progresiva del rol que deben desempeñar como progenitores y la responsabilidad consecuente.

Sea que el niño tenga establecido un único vínculo filial o doble, el o los responsables parentales pueden, “en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas”, delegar convencionalmente por el lapso máximo de un año,⁽¹⁹⁾ por razones justificadas, el ejercicio de

(19) En forma judicial, con participación de todos los interesados —o sea, el niño o adolescente, el delegado y el progenitor—, y por razones debidamente fundadas, se admite que el juez prorrogue ese plazo por un período más.

la responsabilidad parental en un pariente. Tal convención requiere la homologación judicial y la audiencia del niño (art. 643). El juez deberá evaluar las razones justificativas de la delegación y escuchar al niño a los fines de valorar el modo en que este asume y vivencia la situación, apreciando integralmente la relación que lo une con el delegado y su prevalente interés.

Además de con los parientes, la delegación puede convenirse con el "progenitor afín" (art. 674). Esta última norma nos suministra ejemplos de los casos en que el legislador ha entendido que son causas justificadas para efectuar la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental: por razones de viaje, enfermedad o incapacidad permanente; obviamente, en la realidad se pueden presentar muchos otros que ameriten la delegación.

La recepción de la figura del "progenitor afín" es novedosa en nuestro derecho. Se trata de la persona que convive con uno de los progenitores del niño y, por ello, vive con él cotidianamente, colaborando en su crianza, en la nueva forma de familia ensamblada.⁽²⁰⁾ En virtud de esa proximidad, el progenitor afín es susceptible de ser investido convencionalmente como delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental, siempre que el otro progenitor del niño o adolescente esté imposibilitado para el desempeño de su función o no resulte conveniente que asuma el ejercicio. En este caso, si media conformidad expresa del progenitor desplazado, se prescinde de la homologación judicial.

Cabe distinguir la delegación a la que nos venimos refiriendo del otorgamiento de la guarda a un pariente, previsto como facultad de los jueces para los supuestos de especial gravedad, conforme el art. 657. En este último caso, el guardador solo se hace cargo del cuidado personal del niño o adolescente para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. No asume el ejercicio de la responsabilidad parental, a diferencia de lo que sucede con el delegado en el ejercicio de ella.

.....

(20) Son las familias que se constituyen después de una separación, divorcio, viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tiene hijo o hijos de una unión anterior (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., "Las nuevas realidades...", *op. cit.*)

3.3 | Actos comprendidos en la responsabilidad de los padres y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental

La responsabilidad de los padres y sus delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental por los actos dañosos de los menores no comprende los daños causados por los adolescentes “en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o funciones subordinadas encomendadas por terceros” ni “los que deriven del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, válidamente contraídas...”. En las que no son válidamente contraídas no es posible hablar de incumplimiento, sin perjuicio de que pueda existir alguna responsabilidad extracontractual del adolescente que deba enfrentar el responsable parental.

La solución consagrada es la que postulaba la mayor parte de la doctrina en torno a la interpretación del Código de Vélez, con sustento en el argumento que el control parental no puede ejercerse en relación a los actos profesionales o laborales del adolescente.⁽²¹⁾ A estos fines deben tenerse en cuenta las normas de los arts. 30, 681, 682 y 683 y 32 de la 20.744—según su t. o. por ley 26.390— que establecen las habilitaciones para contratar situaciones laborales de los menores.

Los adolescentes que ostentan título profesional habilitante pueden ejercer por su cuenta la profesión, sin necesidad de autorización de los padres, y responden personalmente por los daños que causen a terceros, sin comprometer la responsabilidad de los padres o sus delegados. En la misma situación se encuentran los adolescentes que no tienen título profesional. Los daños resultantes de las labores en relación de dependencia quedan cubiertos por la responsabilidad del principal prevista en el art. 1753, sin perjuicio de la concurrencia de la responsabilidad personal que pueda caber al menor y sin la cobertura de la responsabilidad parental.⁽²²⁾

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.); E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1984, p. 610, n° 8 de la glosa al art. 1114.

(22) SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros”, en Rivera, J. C. y Medina, G., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 932, n° 4.2.5; LLOVERAS, NORA y MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 2013-E, p. 1078 y *LL Online AR/DOC/3551/2013*, especialmente cap. IV.2.4; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., “Respon-

Aquellos daños que el menor cause fuera del ejercicio de sus labores dependientes comprometen la responsabilidad de los padres. Ello se aplica también en el supuesto de que el adolescente realice el trabajo bajo la dependencia del padre; en este caso, la víctima podrá demandarlo en su carácter de padre o de principal o acumularlas, lo que altera la disponibilidad de las eximentes por el accionado o acumularlas.

En definitiva, se establece la no concurrencia de la responsabilidad del principal con la responsabilidad de los padres, excepto respecto del que revista el doble carácter; sin embargo, en los casos en que sea dudoso si el daño resulta de tareas inherentes al ejercicio profesional o dependiente o fuera de ellas, debe estarse por la regla de la responsabilidad de los responsables parentales.⁽²³⁾

3.4 | Los sujetos responsables por los hechos de los niños y adolescentes

La sección 6ª del capítulo I del Título V del CCyC se ocupa de “la responsabilidad por el hecho de terceros”, y en los art. 1754 a 1756 se regula la responsabilidad de los padres y de otras personas encargadas de los menores.

No se utiliza la terminología “progenitores” —que se usa en la parte dedicada a la regulación de las relaciones de familia—, sino la tradicional de “padres”, por lo que es preciso esclarecer quienes están comprendidos en esta responsabilidad por el hecho de los hijos y cuáles de los nuevos protagonistas como auxiliares en la crianza de los menores revisten la calidad de responsables por ellos.

Comencemos por señalar que los art. 1754 y 1755 contemplan el supuesto de responsabilidad por los hechos de los hijos y el art. 1756 el de las otras personas encargadas de menores.

La responsabilidad de los padres es objetiva, o sea, que se imputa con irrelevancia de la culpa en que pueden haber incurrido (art. 1722). Es sabido que

.....
sabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista RCyS*, 2012-IX, p. 5 y *LLOnline AR/DOC/4394/2012*, especialmente cap. VII.

(23) KEMERMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 615, N° 9, de la glosa art. 1114; SALAS, ACDEEL E., “Incompatibilidad entre la responsabilidad del padre y del empleador”, en *JA* 1967-VI, p. 189.

la cuestión ha dado lugar a discrepancias bajo la vigencia del Código de Vélez, dividiéndose la doctrina entre quienes le atribuyen un carácter subjetivo basado en la “*culpa in vigilando*” o la deficiencia de la vigilancia activa, o en un defecto de educación o en ambas; quienes entienden que se trata de supuesto de culpa presumida; y quienes le acordamos carácter objetivo por fundarse la patria potestad en sí misma, o en el riesgo o la garantía a favor de la víctima por la mayor solvencia patrimonial que se presume en los padres.⁽²⁴⁾

Los titulares de la responsabilidad parental —cuando sean plurales— responden en forma solidaria, o sea, sus obligaciones se regulan de acuerdo a lo dispuesto por los párrafos 2º y 3º de la Sección 7ª del Título I del Libro II Tercero del CCyC —arts. 827 a 843—.

La obligación resarcitoria por la responsabilidad por el hecho de los niños o adolescentes es concurrente con la personal de ellos, por lo que queda regida en tal relación por las normas contenidas en la Sección 8ª de ese mismo Título y Libro —arts. 850 a 852—.

En principio, será concurrente con la de los niños mayores de 10 años y adolescentes, en virtud de lo dispuesto por el art. 261, inc. b) que establece que se consideran involuntarios por falta de discernimiento de los actos ilícitos de los menores de esa edad. Sin embargo, como consecuencia de que el art. 1750 CCyC sienta la regla de que los actos involuntarios generan responsabilidad a su autor,⁽²⁵⁾ invirtiendo la regla que rigió en el Código de

(24) Para un análisis detallado de los diferentes criterios sustentados: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 593, n° 4 de la glosa al art. 1114; y en BELLUSCIO, A. C.; ZANNONI, E. A. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 132 y ss., n° 36; REYNA, CARLOS A., en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *Código civil y normas complementarias*, t. 3-A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 635, n° 1 d) de la glosa al art. 1114; TRIGO REPRESAS, F. A., en Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, p. 88, n° 2613 a 2617 bis; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 494 y ss., n° 966.

En contra, PARISI, NÉSTOR S., “La objetividad de lo subjetivo. A propósito de la responsabilidad civil de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad”, en *Revista RCyS*, 2013-VI, 18 y *LLOnline AR/DOC/1848/2013*; defendiendo un sistema subjetivo de responsabilidad de los padres, y una mayor socialización de los daños a través de sistemas como el de Nueva Zelanda: PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “La responsabilidad objetiva de los padres y los límites de la responsabilidad civil”, en *Revista RCyS*, 2012-VIII, p. 30 y *AR/DOC/3035/2012*.

(25) Fundamentos del Anteproyecto 12 del Título V: “Otras fuentes de las obligaciones” Capítulo 1. Responsabilidad civil; ver SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros”, op. cit., pp. 925/926, n° 3.

Vélez, reformado en 1968, la responsabilidad de los padres puede concurrir con la responsabilidad del menor de esa edad.⁽²⁶⁾ La responsabilidad personal del niño o adolescente puede ser atenuada si resulta equitativo en función de su patrimonio —como sucede a menudo por la insolvencia de los menores—, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, en tanto el daño haya sido causado en forma accidental, lo que llamaríamos si fuera mayor de esa edad: culpa. No procede tal atenuación cuando el niño haya procedido con dolo, si de acuerdo a su grado de maduración es susceptible de incurrir en él (art. 1742).

La concurrencia podrá ser total o parcial, según la coincidencia que ostenten la obligación del responsable mayor y del niño o adolescente, si es que la responsabilidad del menor ha sido atenuada, pues no resulta lógico que se sacrifique el derecho a la reparación integral de la víctima por el hecho de que sea equitativo moderar la responsabilidad del menor. De modo tal que, en nuestro criterio, la responsabilidad del responsable parental por el hecho del menor no se disminuye por la atenuación que pueda brindar el juez a la responsabilidad del menor.⁽²⁷⁾

Asimismo, concurrirá con la responsabilidad del hijo —niño menor o mayor de 10 años— cuando la responsabilidad de este esté comprometida por la propiedad de las cosas⁽²⁸⁾ o de la actividad riesgosa para terceros que realice (art. 1557) —por ejemplo, en el caso de los deportes riesgosos— si así correspondiere.

Podrá también concurrir con la de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental cuando ella proceda, ya que conforme el art. 643, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental. El art. 1755

(26) En contra: LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., "Responsabilidad civil de los padres...", *op. cit.*, p. 5 y LLOnline AR/DOC/4394/2012, especialmente cap. VI.

(27) En nuestro criterio, la definición de las obligaciones concurrentes presenta una deficiencia al haberse contemplado que el objeto de las obligaciones puede no ser "el mismo", como dice la norma del art. 850, sino que pueden existir obligaciones cuyo objeto coincida total o parcialmente y derive de la misma causa, sin que por ello dejen de existir obligaciones concurrentes. Sin embargo, el desarrollo de esta cuestión excede los límites de este trabajo. Abordamos la cuestión en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R. y PARELLADA, CARLOS A., "Indemnizaciones de equidad", en JA 1981-II p. 147, especialmente, cap. XI.

(28) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 501, n° 968.1, según lo han sostenido en general para los casos de responsabilidad objetiva previstos en el Código de Vélez.

expresamente dispone en referencia a la responsabilidad de los padres: “No cesa en el supuesto previsto en el art. 643” y, podríamos agregar ya de nuestra cosecha: ni del art. 674. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad de los delegados en el ejercicio no es exactamente igual a la de los padres, ya que la eximente ostenta un tinte subjetivo.

Creemos que se acumulan deudores frente a la víctima: el autor (sin perjuicio de la limitación que pueda establecer el juez), los padres cualquiera sea el vínculo filial (natural, por adopción o por voluntad procreacional) que los una y los delegados en el ejercicio de la patria potestad.

Eventualmente, podrán también concurrir la responsabilidad de los parientes a quienes el juez hubiere otorgado la guarda del niño o adolescente (art. 657) y la del progenitor afín (art. 672) que no revista el carácter de delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental, si se prueba la culpa de estos con incidencia causal en el daño en el ejercicio del cuidado del menor. En estos casos señalados no existe presunción alguna, el damnificado estará gravado con la prueba de la culpa, y la eximente será la falta de culpa por tratarse de una responsabilidad subjetiva.

3.5 | El factor de atribución: ¿el mismo en todos los casos o diversos?

En el CCyC la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores y curadores tiene una eximente distinta de la responsabilidad de los padres. En efecto, mientras el art. 1754 señala que la responsabilidad de los padres es objetiva, el art. 1756 para los delegados, los tutores y curadores, luego de asimilar estas responsabilidades a las de los padres, dispone: “Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia”.

El “sin embargo” con el que se encabeza el segundo párrafo marca una diferencia con respecto a lo que en el precedente se asimiló. Por lo demás, el giro adoptado es prácticamente el mismo que utilizaba el art. 1116 del Código de Vélez, suprimiendo la alusión a la vigilancia activa.

El art. 1722 establece que la liberación de la responsabilidad objetiva impone la “demostración de la causa ajena, excepto disposición en contrario”. Por

su parte, los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de la Comisión del decreto 191/2011 señalan: “los padres no pueden liberarse 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”. De tal modo que no cabe duda alguna del carácter objetivo de la responsabilidad de los padres.⁽²⁹⁾

En cambio, para la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la patria potestad pareciera que desde el ángulo doctrinal podría sostenerse que se trata de una responsabilidad subjetiva con culpa presumida, como lo han sostenido destacadas doctrinas en el marco del Código de Vélez,⁽³⁰⁾ o que es una “responsabilidad objetiva” que admite una causal especial de liberación, constituida por la imposibilidad de evitar el daño, pero que excluye la posibilidad de que esa imposibilidad se apoye únicamente en la circunstancia de la falta de presencia en el momento del hecho. Enrolándose en el primer criterio, la liberación no requeriría la prueba de la ruptura del nexo causal, sino una prueba categórica o concluyente de la falta de culpa por la imposibilidad de haber evitado el hecho.

Tal diferente regulación podría encontrar justificación en la búsqueda de un incentivo para facilitar los acuerdos de delegación o la consideración de que el delegado en el ejercicio de la responsabilidad parental está actuando solidariamente en auxilio del progenitor a suplir una dificultad que se le presenta al ejercicio de una función que le es propia. La misma noble actitud rebela la conducta del tutor y del curador que aceptan esos cargos.

3.6 | Cesación de la responsabilidad de los padres y sus delegados

El art. 1754 establece la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos “que se encuentren bajo su responsabilidad parental y que habiten con ellos”. El requisito de la habitación aparecía ya en el Código Civil, pero la interpretación había sido laxa, pues la falta de convivencia por sí

(29) SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.* p. 932, N° 4.2.4; LLOVERAS, NORA y MONJO, SEBASTIÁN, “Responsabilidad de los padres...”, *op. cit.*, p. 1078 y LLOnline AR/DOC/3551/2013, especialmente cap. IV.2.3.

(30) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 497, n° 966 g); ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 660, n° 140 b).

sola no es excusa suficiente, a ella debe agregarse la transferencia del ejercicio de deber de vigilancia a otro o un motivo legítimo para que ella se haya suspendido.

El art. 1755 prevé dos supuestos en que cesa o se liberan de la responsabilidad de los padres: si el hijo es puesto bajo la vigilancia de otra persona, sea en forma transitoria o permanente (párr. 1), y si él no convive con ellos debido a una causa que no le es atribuible a los propios padres (párr. 2). Si les es atribuible a los padres, estos no se liberan sino que siguen respondiendo por el hecho de sus hijos. Es lo que sucede cuando han sido privados de la responsabilidad parental por las causales del art. 700. Esta interpretación es la que se sostiene durante la vigencia del Código Civil, basados en que no era posible que la reprochable conducta del progenitor generase la liberación de las obligaciones surgidas de la patria potestad.⁽³¹⁾

Mayor esfuerzo interpretativo requiere establecer si la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental también hace cesar la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por los hijos. El Dr. Edgardo López Herrera sostiene que la suspensión y la privación de la responsabilidad parental excluyen la responsabilidad de los padres dado que reposa sobre ella, salvo que le sea atribuible a los propios padres la falta de convivencia, como en el caso de que hubieran abandonado al hijo.⁽³²⁾

En nuestro criterio, el análisis de las normas implicadas y su finalidad nos llevan a la convicción de que en el sistema establecido en el CCyC la responsabilidad de los padres está ligada a la titularidad de la responsabilidad parental y no a su ejercicio, por las siguientes razones: a) La delegación del ejercicio, conforme la norma del art. 643 última parte, no hace cesar la responsabilidad parental; b) La imposibilidad de evitar el daño ya no constituye causal de liberación de la responsabilidad de los padres; c) La solución se concilia mejor con la irrelevancia de la imputabilidad *iuris*

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 602, N° 5 de la glosa al art. 1114; REYNA, CARLOS A. en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *Código civil... y normas complementarias*, p. 643, n° 4 de la glosa al art. 1114; MOLINA DE JUAN, MARIEL F., "La responsabilidad ...", op. cit., t.III, cap. III.c).

(32) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO S., "Responsabilidad civil de los padres ...", op. cit., p. 5, y LLOnline AR/DOC/4394/2012, especialmente cap. VII.

y de culpa en la responsabilidad objetiva, que podría argumentarse en el caso de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden el ejercicio (art. 702 inc. c); d) La solución es la que mejor se concilia con la protección de las víctimas.

Admitimos que una objeción puede sostenerse sobre la base de que el primer párrafo del art. 1755 admite el cese de la responsabilidad “si es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”. No obstante, creemos que la hermenéutica de esta transferencia de la vigilancia, transitoria o permanentemente, y al igual que el requisito de la convivencia, debe ser restrictiva y no literal.⁽³³⁾ Parece obvio que no es razonable interpretar que cuando se deja al menor al cuidado de la empleada doméstica o de un pariente cesa la responsabilidad de los padres.⁽³⁴⁾ La cesación de la responsabilidad de los padres solo se justifica cuando se combina la falta de convivencia por una causa real que no les es atribuible y que les impide la vigilancia;⁽³⁵⁾ por ejemplo, cuando el menor ha sido objeto de medidas tutelares que no obedecen a conductas reprochables de los padres que impongan su residencia bajo otra custodia o cuando resulta impedido de ejercer esa vigilancia por otro motivo que no les sea atribuible. Preferimos hablar de una causa real, antes que justificable, para que se entienda que no requiere que sea “legítima” como impedimento para el ejercicio del deber de control del padre; puede ser injusta, arbitraria o injustificada para él, pero es suficiente que impida realmente su posibilidad de vigilancia. Por ello, entendemos que no subsisten —bajo el nuevo régimen— algunas soluciones que la jurisprudencia adoptó bajo la vigencia de una responsabilidad subjetiva como la consagrada por el art. 1114 del Código Civil —con presunción de culpa— como la interrupción de la convivencia por estudios universitarios en otra ciudad o cuando vacaciona con amigos o parientes. La prueba de las circunstancias que hacen cesar la responsabilidad pesa sobre los padres que la pretendan.

.....

(33) Así se interpreta en el marco de vigencia del Código Civil: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes...*, op. cit., p. 611, n° 8 c), de la glosa al art. 1114: ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, op. cit., p. 670, n° 140.4.

(34) Kemelmajer de Carlucci, Aída, en A. C. Belluscio (dir.), E. A. Zannoni (coord.), *Código Civil...*, op. cit., p. 618, N° 2 d) de la glosa al art. 1115.

(35) La solución consagrada en el art. 1755, segunda parte, responde al criterio doctrinal citado en nota 31.

La finalidad de la ley —garantía a los terceros por la conducta de los menores— puede entenderse satisfecha cuando la transferencia del poder de control se efectúa hacia un tercero responsable presumidamente solvente —llámese principal, establecimiento educativo que está obligado a poseer seguro—, pero no creemos que se satisfaga por el solo hecho de no pueda ejercer la vigilancia porque esté con el otro ex cónyuge — en caso de separación o divorcio— excepto que ello ocurra por un caso fortuito ajeno a la actividad de control y formadora —conjunta— que impone la responsabilidad parental, que es la razón por la que se responde. Creemos que la transferencia de la vigilancia debe ser “absoluta”, en el sentido de excluir el poder de injerencia del padre, como sucede cuando el menor está bajo la dependencia de un tercero o cuando está en el establecimiento educativo. Por ello, cuando el menor simplemente está pasando vacaciones con amigos o parientes la responsabilidad de los padres no cesa, ya que el responsable parental sigue teniendo el poder de dirección, en cuanto podrá fijar los límites a la conducta del menor a través de quien lo “represente”, en sentido no técnico.⁽³⁶⁾ Nos ratifica esa convicción el hecho de que en los casos en que no se desplaza la responsabilidad parental, sino simplemente su ejercicio, la responsabilidad de los padres subsiste (arts. 643 y 1755, primer párrafo, *in fine*). El sistema debe interpretarse en consonancia con la norma del segundo párrafo del art. 1755 que establece la no liberación de los padres por la falta de convivencia; si deriva de una causa es imputable, lo que lleva a pensar que la liberación se produce solamente cuando no le es atribuible.

En definitiva, el juez podrá apreciar los supuestos fácticos en que la transferencia de la vigilancia por sus circunstancias particulares ha hecho cesar la responsabilidad parental, en nuestro entender, con criterio restrictivo. No será ajena a esa discrecionalidad la apreciación del resultado al que conduce la liberación sobre la posibilidad de recibir indemnización por la víctima.

La norma debe, consecuentemente, ser entendida como una flexibilización que entra dentro del poder discrecional, pero razonable, del juez con el fin de evitar, por ejemplo, que progenitor totalmente excluido de la

(36) TRIGO REPESAS, FÉLIX A., en Cazeaux, P. y F. *Derecho de las obligaciones*, op. cit., pp. 118/120, N° 2637.

posibilidad de influir en dicha vigilancia por un hecho ajeno a su voluntad —a veces, por el otro progenitor— mantenga retenida la responsabilidad objetiva. A tal conclusión, contribuye la prescripción del art. 1733, inc. e) que, al reglar el caso fortuito —sinónimo de fuerza mayor, art. 1730, última parte—, establece la responsabilidad por el caso fortuito cuando constituye una contingencia del riesgo de la cosa o la actividad. Al respecto, no puede olvidarse que la responsabilidad objetiva se desentiende de la reprochabilidad de la conducta en el momento del hecho dañoso para afinar la atribución de un hecho o conducta anterior: el de la asunción de la garantía o el de la creación del riesgo.

Compartimos el criterio de que debe independizarse la responsabilidad de los padres de la separación de los padres, pues la co-parentalidad es realmente indisoluble, se comparte para siempre, salvo que el interés del menor justifique que se la “disuelva” y sin definitividad (arts. 700 y 701). Bien enseña Zavala de González que “las causas del distanciamiento entre los padres no deben influir en la responsabilidad por el hecho de los hijos”.⁽³⁷⁾ Por ello, pensamos que se ha abandonado el sistema de responsabilidad de los padres sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental (o llamada antes “tenencia o guarda del menor”) para apoyarse en la titularidad de la misma, con una norma de flexibilización que debe usarse razonablemente, ponderando las circunstancias de la causa presida por la premisa de una interpretación restrictiva.

4 | Algunas conclusiones provisorias

Esta aproximación revela que las normas del CCyC:

- a. ha aumentado la prevención de los daños susceptibles de ser sufridos por los menores.
- b. aparece un nuevo protagonista responsable por los menores: el delegado en el ejercicio de la responsabilidad. La responsabilidad de este, de los tutores y curadores tiene una causal de eximición que evidencia un tinte más subjetivo.
- c. la responsabilidad de los padres se ha objetivado respondiendo a la tendencia de la doctrina nacional e inspirada en la necesidad de protección de las víctimas de daños causados por menores.

(37) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, op. cit., p. 669, n° 140.3.

- d. se ha delimitado con claridad los hechos por los cuales no responden los padres ni los delegados en el ejercicio de la patria potestad
 - e. la responsabilidad de los progenitores se funda —en principio— en la titularidad de la responsabilidad parental.
 - f. no obstante ello, existe una válvula de escape flexibilizadora a través de la posibilidad de la cesación de la responsabilidad si el progenitor está impedido del ejercicio del deber de vigilancia por una causa que no le es atribuible.
 - g. la responsabilidad de los progenitores es solidaria coherentemente con la preferencia por el ejercicio conjunto, aun cuando falte la convivencia.
-