Responsabilidad por el hecho de terceros, principal, padres, Establecimientos educativos

Autor: Fernando ubiría

Sección IX - Responsabilidad por el hecho de terceros

Capítulo XXX - Generalidades

1. APROXIMACIÓN

La responsabilidad civil que nace ante la causación de daños originados por un sujeto, lo compromete de manera personal o individual. "Lo normal es que cada uno sólo responda de las consecuencias de su propia conducta" (Trigo Represas, López Mesa), y para importante doctrina así estaba consagrado como un principio rector en el art. 1109 del Código Civil.

Ello obedece en principio a hondas razones de justicia, es notoria la seguridad (y tranquilidad) que representa en orden a que el sujeto no asumirá consecuencias disvaliosas por actos que otro obró. El alcance de la libertad del individuo parece reconocer como único límite los perjuicios que pueda causar personalmente a terceros (doct. art. 19, CN).

Pero tal esquema aborda la problemática del sistema de responsabilidad civil de manera parcial, y responde a una lógica individualista, egoísta, con nefastas consecuencias para la sociedad en su conjunto. Este planteo es insostenible pues yerra al considerar al ser humano como una persona aislada del mundo del que forma parte y no integrante de una sociedad de sujetos necesariamente interdependientes.

2. BASAMENTO "CAUSAL" DE LA CLASIFICACIÓN

Desde el plano de la causalidad, se distingue la "autoría material" (imputatio facti) de la "autoría jurídica" (imputatio iuris), lo que permite la captación desde una perspectiva de justicia.

Determinada la autoría material de la conducta que provocó daño, resta definir la autoría jurídica del daño en sí mismo. No deben ser confundidas pues esta última resulta más amplia ya que alcanza los supuestos en que una persona debe responder por otra, lo que también sucede en materia de "daños causados por la cosa" y de "actividad riesgosa o peligrosa" (otras modalidades de responsabilidad indirecta).

En el Código Civil la responsabilidad del sujeto podía emerger de un "hecho propio" (art. 1109) o de un "hecho ajeno" (art. 1113 y ss.), normas que se hallaban diseminadas entre las múltiples y variadas disposiciones correspondientes a la materia cuasidelictual (Título IX)(1).

La tradicional clasificación se respeta en el nuevo Código Civil y Comercial, pero con mejor criterio las ordena y sistematiza de manera autónoma en las secciones 5º y 6º, asignándoles la siguiente terminología:

• "responsabilidad directa" (arts. 1749/1752);

• "responsabilidad por el hecho de terceros" (arts. 1753/1756).

En este último caso, el nuevo Código distingue la responsabilidad que compromete:

• el principal por los daños causados por el dependiente (art. 1753);

• los padres por los daños causados por los hijos (incluye el caso de tutores, curadores y los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas) (arts. 1754/6)(2).

Este esquema clasificatorio se construye sobre la base de la "causalidad", criterio ordenador sólido que permite el desarrollo adecuado de cada tópico bajo parámetros comunes, ventaja que brinda la raíz científica dura de este elemento objetivo(3).

3. ENSANCHAMIENTO DE SUS MÁRGENES

Por lo pronto, nadie podría responder por los hechos de otro sino sólo por los de uno mismo.

Para que un tercero responda es menester que el legislador, al diseñar la estructura general del sistema de responsabilidad, establezca expresamente los supuestos de su procedencia, apoyándolas en fundamentos o razones valederas (justas). Como enseña Llambías, hay responsabilidad refleja o indirecta cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado.

La responsabilidad por hecho ajeno tiene orígenes muy antiguos que se remontan a las leyes de Manú, y era conocida por los romanos pues se responsabilizaba al padre por los daños causados por su hijo, y al dueño del esclavo por los perjuicios ocasionados por éste.

Por la finalidad tuitiva del sistema de responsabilidad que se ha ido acentuando desde mediados del siglo pasado, se amplían los supuestos en los que una persona tiene la obligación de reparar el daño causado por otro, y también por similar motivo se "aligeran" los fundamentos de su procedencia (como se verá en el siguiente acápite).

El tradicional principio "se debe responder por actos propios, no ajenos" (Alterini, Ameal, López Cabana) no se condice con el estado actual de la disciplina, desatiende la fuerte evolución registrada que condujo al ensanchamiento de los márgenes de responsabilidad comprometidos por el sujeto en función de su especial relación con terceras personas.

Como prueba de ello cabe citar el caso de los daños que sufre el consumidor o usuario, ya que se responsabiliza de manera solidaria al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio... (art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y sus modif.), ampliándose el abanico de legitimados pasivos para fortalecer al máximo el crédito indemnizatorio de quien ha sufrido un daño injusto.

4. ESTA RESPONSABILIDAD NO ES EXCEPCIONAL

Esta responsabilidad no tiene carácter de excepción, ni la responsabilidad directa es la ordinaria o común como sostiene importante doctrina (Trigo Represas y Cazeaux, Parellada, López Herrera). Cada una tiene su ámbito o territorio propio (Pizarro y Vallespinos, Vázquez Ferreyra).

Lo único que debe hacer el legislador es establecer expresamente los supuestos de su procedencia, que configuran un numerus clausus (Bueres y Mayo), pero a partir de allí corresponde aplicar los criterios específicos que regirán los supuestos que la integren (Calvo Costa).

El art. 1749 del CCyCN consagra la responsabilidad directa cuando se incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado a otro por acción u omisión, norma que no tiene el alcance y vigor que tenía hasta hace algunas décadas atrás el art. 1109 del Código de Vélez, el que con sustento en la culpa alcanzó categoría de principio sistémico porque se adecuaba al contexto socio-económico y jurídico del siglo XIX y primera mitad del XX, diferente al actual.

La estructura metodológica del Código Civil y Comercial que en la sección 5ª establece la "responsabilidad directa" e inmediatamente en la 6ª la "responsabilidad por el hecho de terceros", no consagra de manera expresa ni tácita un principio, ni tampoco confiere preeminencia de una sobre otra, y hay consenso en que a través de ambas se logra abarcar y captar adecuadamente los múltiples y heterogéneos supuestos dañosos.

5. FUNDAMENTOS DE SUSTENTACIÓN. EVOLUCIÓN

A la hora de explicar los motivos por las cuales "A" debe responder por daños causados por "B", promedian razones comunes a las distintas fattispecies involucradas pues responden a un tronco común.

Con el correr de los años se han practicado argumentaciones de la más variada índole, y han ido mutando de manera paralela con el estado evolutivo del sistema jurídico. Se ha ido produciendo un notable pasaje desde teorías subjetivas hacia otras de naturaleza objetivas, fruto de la iusfilosofía identificatoria de cada época.

a) Subjetivos

Exigen la demostración de la culpa del sujeto que debe afrontar el pago de la indemnización por los daños causados por otro; es decir, se interpreta justo que esto suceda pero en la medida en que sea posible encontrar una omisión de la diligencia debida en tal sujeto.

La misma puede manifestarse por dos vías:

• en la elección (culpa in eligendo) - opera en materia de responsabilidad del principal por el dependiente, y se basa en una mala elección de éste. En un primer momento la carga de la prueba de tal culpa se ponía en los hombros del damnificado (lo que luego cambió). Se trata de una tesis incompleta porque no logra explicar la responsabilidad de los padres por los daños que causan sus hijos;

• en la vigilancia (culpa in vigilando) - de alcance más amplio que la anterior, presume omisión de la diligencia debida en el control de los hechos obrados (u omitidos) y su adecuación a las instrucciones dadas. Es por ejemplo el caso de los padres que no controlan a sus hijos "como deberían" y permiten que cause daños, y lo propio respecto del principal con el dependiente.

Según Llambías, si se elige bien al subordinado, si se lo vigila con atención, verosímilmente no sobrevendrá daño a un tercero, y solo así la responsabilidad encuentra un "sustento racional evidente". Esta lectura de la realidad armoniza, es coherente con la idiosincrasia del sistema velezano centrado en la culpa (art. 1067, CCiv.).

Bien entrada ya la segunda mitad del siglo pasado, con una idiosincrasia todavía encerrada en el sistema de impu­tación subjetivo (antes de la reforma de la ley 17.711 del año 1968), se fue abriendo camino lentamente la "presunción de culpa iuris et de iure" con sustento tanto en la mala elección o vigilancia.

Para Llambías, las razones de este viraje —el rechazo a permitir prueba en contrario— obedece a una estricta cuestión de política legislativa encaminada a alcanzar ciertos elevados propósitos como son la prevención de peligros y la eliminación de litigios.

A la luz de los acontecimientos actuales tales esquemas pueden ser juzgados como conservadores y mezquinos pues dificultan el camino hacia la reparación del daño.

Se trataba de un fundamento de apariencia subjetivo pero objetivo en los hechos pues no permitía la demostración de la diligencia para exonerar la responsabilidad. Vendría a ser —como bien apuntan Pizarro y Vallespinos— "una culpa sin culpa" que sólo mantiene su nombre por apego a la tradición.

Sirvió en todo caso para "aquietar espíritus nostálgicos" y amenizar el cambio de época en los operadores jurídicos.

Lo cierto es que se mostró ineficaz para fundamentar la adecuada contemplación del daño injusto, para dar sustento a una necesaria ampliación en el sistema de tutela, para privilegiar la situación del acreedor (que sufre el perjuicio) antes que la del deudor (que en todo caso es quien ha "contribuido" a que se genere).

b) Objetivos

Hacia las últimas décadas del siglo pasado finalmente se produjo una "depuración" en los fundamentos de impu­tación, en las razones por las cuales procede responsabilizar a un tercero.

Se comenzó a reconocer que para comprometer la responsabilidad de un sujeto por daños causados por un tercero no es menester reprocharle conducta alguna (que por cierto puede eventualmente merecer), considerándose idóneas y suficientes teorías de corte objetivo que se apoyan en contundentes motivos prácticos y de justicia.

Se pone de relieve el interés social comprometido, lejos se encuentran de carecer de una fundamentación profunda sino que en todo caso beben de un utilitarismo encomiable. Como subrayan Cazeaux y Trigo Represas, alcanzan a brindar una protección más eficaz a la víctima ante la posible insolvencia del autor del daño directo, propósito o finalidad nuclear.

Se estima posible comprometer la responsabilidad de un sujeto por el hecho dañoso de un tercero a partir de las siguientes razones:

• "riesgo creado" - quien se vale de dependientes para la ejecución de sus tareas, debe asumir la contingencia dañosa respecto de terceros (Mosset Iturraspe, Bueres y Mayo, Pizarro y Vallespinos). También fundamenta la responsabilidad que comprometen los padres pues, al traer hijos al mundo, es innegable el riesgo que representan, su potencialidad dañosa en términos de escasa experiencia, inmadurez, personalidad en crisis, etc. (Mosset Iturraspe);

• "garantía" - según esta teoría, al contemplarse la importancia del tópico y los distintos intereses comprometidos, la ley toma partido por la víctima de daños injustos, repu­ta necesario y justo que los padres o el principal se constituyan en garantes de los perjuicios que causen sus hijos o subordinados, privilegiándose el crédito indemnizatorio (Trigo Represas y López Mesa); se considera que promedia una suerte de "aval" o "aseguramiento".

c) Nuestra postura

Consideramos que a través del fundamento del "riesgo" se explican las razones más profundas por las que se debe responder por hechos dañosos de terceros.

En efecto, constituye un estándar de gran riqueza y maleabilidad, que habiendo sido instaurado normativamente por el legislador, debe ser utilizado por los jueces con inteligencia y sensibilidad en múltiples supuestos (es la postura de grandes autores como Mosset Iturraspe, Bueres y Mayo, entre otros).

La "garantía" también contribuye a estos efectos, y su proposición es tan acertada como cruda y superficial. "No penetra en la esencia misma del problema" y resulta correcta solamente "desde el plano descriptivo" (Pizarro y Vallespinos), pero igualmente resulta idónea para sustentar las bases objetivas de toda la responsabilidad por hecho ajeno.

Como explican Bueres y Mayo, la ley no impone deberes jurídicos a las personas sin razones justificativas, la garantía legal es un expediente cómodo al que se echa mano para cimentar responsabilidades de un sujeto por los actos de otro, pero en el fondo necesita nutrirse de un contenido que valide el afianzamiento que ella supone (Bueres y Mayo).

De manera lacónica y terminante, no por ello menos profunda (en todo caso debido a la contundencia de lo simple u obvio), dimanan de ella las razones de justicia que sostienen la responsabilidad por hecho ajeno.

6. CONTEMPLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el Código Civil la responsabilidad del principal fue consagrada sin referencia expresa al fundamento subjetivo u objetivo (art. 1113, 1º párrafo), aunque su interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sido conforme los lineamientos de la primera, respondiendo a la matriz general del sistema. A partir de un momento la discusión giró acerca del carácter excusable o inexcusable de tal obligación de resarcir.

En el caso de los padres, estableció claramente una responsabilidad de corte subjetivo pues permitía a éstos demostrar la imposibilidad de impedir la producción del daño para liberarse (art. 1116).

El nuevo Código, por el contrario, es terminante al consagrar una ancha responsabilidad de corte objetivo en ambos casos (arts. 1753 y 1755), y la excepción se encuentra respecto a los tutores y curadores que se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño (art. 1756, 2º párrafo), y los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas que responden por la negligencia en el cuidado (art. 1756, 3º párrafo).

Ha receptado el desarrollo evolutivo operado en la materia, y pone de manifiesto una lenta pero decidida apertura del sistema desde una base filosófica uniforme de justicia "conmutativa", hacia otra de naturaleza mixta "conmutativa-distributiva".

Capítulo XXXI - Responsabilidad del principal

1. INTROITO

El principal asume la obligación de pagar indemnización por los daños y perjuicios que el dependiente ocasiona a terceras personas en ejercicio u ocasión de las tareas encomendadas. No lo reemplaza sino que se adiciona, de manera que se constituye en una suerte de "garante" para que la víctima tenga más probabilidades de ser resarcida. Se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad refleja, siendo directa la que compromete el propio dependiente.

La responsabilidad en cabeza del principal nace más allá que los perjuicios sean ocasionados en la dimensión contractual o aquiliana, y así lo establece claramente el art. 1753, CCyCN Es que el dependiente "representa" al principal, y si bien es cierto que no le encomienda dañar a terceros, si los causa en ejercicio u ocasión de tareas realizadas en beneficio de aquél, es justo que respondan ambos.

En el campo obligacional (contractual) es irrelevante que el principal haya delegado la ejecución de la prestación en el dependiente: aunque la responsabilidad del principal es directa y no refleja, la estructura de la obligación no varía. Por lo demás, estos supuestos también son alcanzados por el ancho margen de la obligación de seguridad (art. 1198, 1º párr., CCiv., art. 729, CCyCN).

Por último, cabe señalar que quedan fuera de este marco regulatorio los daños "sufridos" por el trabajador en la ejecución de sus tareas. Éstos, en principio, son cubiertos por la ley laboral 24.557 que establece un peculiar sistema de prevención y reparación de daños que le asigna un rol protagónico a las ART ("Aseguradoras de riesgos de trabajo"), que fue modificado por la ley 26.773(1).

2. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Dentro de la materia cuasidelictual establecía que La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado (art. 1113, 1º párrafo, reformado por la ley 17.711).

Se trata de una norma escueta que no alcanzaba a comprender a este particular fenómeno dañoso completamente, el que ha ido ganando en importancia incesantemente a lo largo del siglo pasado.

Es posible, al menos, formular dos críticas

• no consagraba expresamente el fundamento (subjetivo u objetivo) de procedencia de la responsabilidad del principal, y —consecuentemente— tampoco las causales de exoneración;

• no determinaba los "requisitos" específicos de procedencia, distinguiendo adecuadamente los perfiles de esta fattispecie.

Ello debió ser desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia que, con el transcurso del tiempo elaboró criterios no siempre comunes o uniformes en la interpretación de la norma.

Con fructíferos resultados se recurrió por vía de analogía a la interpretación conjunta de dicha disposición con la del art. 43, CCiv. que consagra la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y que alcanza a los daños que causen sus dependientes (también reformado por la ley 17.711).

3. NUEVO RÉGIMEN. ANÁLISIS ESTRICTO DE LAS DIFERENCIAS

El art. 1753, CCyCN prescribe: El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal.

La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Comparativamente, la nueva norma es mejor y más completa. Aquí sus diferencias:

• establece de manera expresa que el principal responde objetivamente - acertado, pues este fundamento con base en la teoría del riesgo creado explica las razones por las cuales el principal debe responder. Las excusas de corte subjetivo ("no culpa") no pueden repu­tarse idóneas para fracturar el nexo de causalidad (sólo el casus). Ésta era la solución proclamada por la mayor parte de la doctrina y la aplicada por la jurisprudencia;

• elimina la referencia a la responsabilidad ...por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado:

- si se trata de una cosa que ocasiona daños por su "riesgo" o "vicio" (autonomía de la cosa) - el régimen aplicable es otro: el que responsabiliza a su dueño y guardián en los términos de los arts. 1757/8, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del principal. Por ejemplo el chofer de una empresa de transporte que daña utilizando el rodado perteneciente a otra compañía o el suyo propio;

- si la cosa no adquiere dicho papel "activo" - en rigor se trata de un supuesto de responsabilidad por "acto humano", corresponde otorgar trascendencia a la fracción de conducta humana que se entiende como acción (Goldenberg) y queda comprendido por la referencia legal a los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve;

• agrega que el principal también responde por las personas de las cuales se sirve - abarca así a los daños ocasionados en la dimensión contractual, cuando el principal se vale de un tercero (su dependiente) para la ejecución de la prestación, lo que resulta revelador del acercamiento producido entre las órbitas (art. 732, CCyCN);

• el daño debe ser causado en ejercicio u ocasión de las funciones encomendadas - acertado pues determina expresamente los requisitos específicos de procedencia, receptando lo sabiamente normado por el art. 43, CCiv. que permitió un fructífero desarrollado jurisprudencial y doctrinario;

• establece que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal - si bien de ordinario el acto del dependiente reúne los requisitos del acto voluntario, en caso contrario el principal responde igualmente, lo que fortalece el crédito de la víctima. Por ejemplo, el empleado que consume drogas —en el trabajo o no— y lesiona a un cliente en ejercicio u ocasión de sus labores;

• determina que la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente - en sintonía con lo interpretado por la doctrina y jurisprudencia, aquél puede ser demandado de manera exclusiva, y cuenta luego con acción de regreso contra éste (arts. 850/1 y 1751 in fine, CCyCN).

4. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

El principal no responde por todos los daños que causa su dependiente.

Para que su responsabilidad tenga lugar es menester que se verifiquen dos requisitos, dos presupuestos específicos inexcusables:

• que exista relación de dependencia;

• que el daño reconozca una "vinculación causal suficiente" con las funciones encomendadas;

La prueba de tales extremos pesa sobre la víctima, lo que se desprende de lo normado por el art. 1736, CCyCN en sintonía con el principio sentado en la ley ritual (art. 377 del Código Procesal).

La doctrina suma un tercer requisito específico que consiste en que "el hecho ilícito sea impu­table al subordinado". Desde luego es menester que el dependiente vea comprometida su propia responsabilidad para que se torne operativa la del principal, pues es la base primera a partir de la cual puede se puede alcanzar a éste.

Pero la determinación del autor material del daño comporta un requisito general de la responsabilidad civil que se enmarca dentro de la materia causal (imputatio facti), no un requisito específico de esta fattispecie. Constituye la plataforma a partir de la cual es posible atribuir toda responsabilidad refleja o indirecta.

5. DEPENDENCIA

En términos de responsabilidad civil, su noción conceptual difiere mucho a la existente en el derecho laboral, pues aunque la incluye, la desborda largamente. Es, cabe adelantar, una noción compleja, y como observa Mosset Iturraspe es fluida o flexible en el sentido que puede o no darse en un mismo tipo de contratos.

En efecto, sus confines no son precisados por la lacónica disposición del Código Civil ni tampoco ahora por el Código Civil y Comercial, siendo necesario recurrir a parámetros o pautas orientadoras objetivas para practicar la delimitación.

En la relación de dependencia se destaca el efectivo encargo, la verdadera situación fáctica (Agoglia, Meza, Boragina). No es necesario que exista un contrato o relación laboral, ni una subordinación económica, remuneración, retención de impuestos, descuentos previsionales, etcétera.

La dependencia puede llegar a ser meramente transitoria u ocasional, o respecto de un familiar o amigo (Bustamante Alsina), como cuando se les cede el volante durante un viaje (Borda).

También puede ser gratuita, y así el voluntario de una organización de caridad o protección del medio ambiente compromete la responsabilidad de la entidad a favor de la que presta servicios (López Herrera). Es elocuente Borda al concluir que se contempla el problema del lado de la víctima y se busca un responsable, que ordinariamente será el que ha creado el riesgo.

Por el contrario, no hay dependencia —por ejemplo— cuando se trata de un empresario que realiza sus actividades a su propio riesgo y sin recibir instrucciones (López Herrera).

Constituyen pautas delimitadoras:

• que el dependiente esté sujeto a órdenes e instrucciones del principal. Debe promediar cierta autoridad de éste, un poder de mando y control, que tenga "posibilidad de injerencia"; más que el efectivo ejercicio del derecho a impartir órdenes, se destaca la existencia misma de esa posibilidad, se la lleve o no adelante(2);

• paralelamente debe existir cierto deber de obediencia o subordinación por parte del dependiente;

• la función debe ser realizada para satisfacer un interés o necesidad del principal, por cuya cuenta obra; no obstante no es preciso que se ejecute en interés exclusivo de éste;

• no es menester que el dependiente sea libremente elegido por el principal.

De esta manera, el dependiente resulta un "instrumento" del que se sirve el principal para prolongar su actividad (longa manu) (Bustamante Alsina, Llambías), para ampliar su esfera de acción y expandir su actividad en procura de satisfacer un interés propio.

Algunos supuestos que presentan características atípicas y que evidencian la complejidad del tópico son los siguientes:

• dependiente con conocimientos especiales, autonomía científica o técnica - se entiende que la falta de tales conocimientos por parte del principal no obsta a que pueda existir una relación de dependencia, en la medida en que éste conserve la facultad de ordenar, organizar, dirigir o controlar la tarea (Mosset Iturraspe, Lorenzetti). Es por ejemplo el caso del médico que trabaja en una institución pública o privada;

• subdependencia - si un sujeto reviste calidad de principal con relación a otro, su prerrogativa de injerencia se extiende hasta alcanzar a los subdependientes en los aspectos atinentes a la función encomendada (Pizarro y Vallespinos). "El dependiente de mi dependiente es también dependiente mío" (Zavala de González);

• dependiente no identificado - el principal responde igualmente en tanto y en cuanto se acredite que ha sido un subordinado suyo quien ocasionó los daños. La falta de individualización del agente no puede perjudicar a la víctima si está probado que el daño lo produjo un dependiente suyo en el marco de la actividad desarrollada a favor de aquél.

6. VINCULACIÓN CAUSAL SUFICIENTE ENTRE LA FUNCIÓN Y EL DAÑO

a) Daños en "ejercicio"

Son perjuicios ocasionados por el dependiente en el marco de la ejecución de las funciones encomendadas, los daños reconocen allí su causa fuente o eficiente; es decir, los daños se producen en la realización del encargo requerido por el principal, conducta orientada estrictamente al cumplimiento de la orden impartida. Por ejemplo, el chofer que daña a un pasajero mientras realiza el recorrido predeterminado.

Según una antigua posición jurisprudencial, aquí radicaba el límite de la responsabilidad comprometida por el principal, pero se trata de una tesis ultra restringida, hoy superada.

Quedan comprendidos aquí los supuestos de "mal ejercicio", ejercicio "abusivo" o "aparente", pues a pesar que en cada caso el dependiente contraría órdenes recibidas, responsabiliza al principal pues frente a terceros se presentan como cumplidos dentro de las funciones encomendadas. Por ejemplo:

• el empleado de la empresa de transporte ferroviario que, ante el insulto de quien pretende comprar un pasaje, sale de la boletería y lo aporrea (mal ejercicio);

• el chofer que utiliza el rodado en beneficio propio y en contra de la expresa orden del principal (abusivo o aparente).

b) Daños en "ocasión"

Los daños pueden ser cometidos por el dependiente fuera del cumplimiento estricto de las funciones encomendadas, casos en los que si bien su desarrollo o ejecución no constituye la causa eficiente del perjuicio, brindan la "ocasión", terminología ésta empleada por la ley 17.711 al modificar el art. 43 del CCiv. y que recoge sabiamente el nuevo Código Civil y Comercial.

Es menester determinar si existe una vinculación suficiente entre la función encomendada y el daño producido, tópico que desde luego se aborda desde el plano de la causalidad jurídica, desde lo justo (doct. art. 901, CCiv. y arts. 1726/7, CCyCN).

Siempre debe existir una relación causal suficiente entre ambas, como dice Borda, una "relación razonable", un nexo o vinculación adecuada, pues en caso de no promediar dicha vinculación faltará este presupuesto necesario para practicar la imputatio iuris asiento de la autoría jurídica.

Su determinación resulta problemática, y se requieren parámetros objetivos para establecer cuándo resulta justo que el principal responda, sin ellos el margen de discrecionalidad del operador jurídico sería demasiado amplio, con mengua de la seguridad jurídica. Corresponde efectuar el análisis de "previsibilidad" propio de la materia causal (en abstracto y ex post facto).

Existen dos posturas para decidir si promedia "vinculación razonable", pero cabe adelantar que son más diferenciables en la teoría que en la práctica:

• restringida - el desempeño de la función encomendada debe constituir un antecedente necesario o imprescindible para la producción del perjuicio; sin el encargo no hay perjuicio (Trigo Represas y López Mesa);

• postura amplia - estima suficiente que la función encomendada sólo "facilite" la ocurrencia del perjuicio, es decir, brinde la "oportunidad", sin que deba revestir carácter de indispensable (Mosset Iturraspe, Vázquez Ferreyra).

En el segundo caso la conexión causal evidentemente es menor, más tenue, pero suficiente para comprometer la responsabilidad del principal. Ésta es la posición mayoritaria hoy día, y es la acertada.

Algunos ejemplos resultarán ilustrativos:

• existe vinculación suficiente si el chofer de colectivo, luego de una discusión de tránsito con otro automovilista por recíprocos encierros, desciende del rodado y lo lesiona al golpearlo con un palo; también en los supuestos de acoso sexual, hostigamiento y abuso de poder del jefe, en el marco de una postura complaciente de la empresa (Pizarro y Vallespinos);

• por el contrario, no existe causalidad razonable o adecuada si el chofer de colectivo, aun valiéndose del recorrido habitual impuesto por el principal, detiene su marcha para comprar cigarrillos y hiere al kiosquero que le entregó mal el vuelto...

El análisis de la jurisprudencia de la CSJN resulta interesante y evidencia la evolución operada en la materia(3).

7. CAUSALES EXIMENTES

En un esquema objetivo, las causales con poder jurígeno suficiente para redimir la responsabilidad son las que quiebran el nexo de causalidad (casus).

La prueba de la diligencia (no culpa) por parte del principal es insuficiente a estos fines, y así por tanto se prescinde de consideraciones del siguiente orden:

• el dependiente ha sido seleccionado luego de un riguroso sistema de evaluación;

• ha sido permanentemente monitoreado en el cumplimiento de sus tareas;

• se le respetan las jornadas de trabajo en términos de horario y de descanso;

• se cumplen todas las normas aplicables en materia de higiene y seguridad; etcétera.

A pesar que nada pueda reprochársele al principal, responderá igualmente, pero si se admitiera que pueda excusarse de tal manera se desprotegería injustificadamente a la víctima.

Además de las desarrolladas circunstancias atinentes a la causalidad que apareja su responsabilidad, desde luego que el casus representa el límite de la responsabilidad que compromete el principal: hecho de la víctima, hecho de un tercero por quien no se debe responder, y caso fortuito y fuerza mayor (arts. 1729/1731, CCyCN).

8. LEGITIMACIÓN PASIVA

La víctima de daños cuenta con acción para perseguir el cobro de su indemnización tanto contra el autor material del daño como contra el principal, a quien se considera su "autor jurídico", o bien desde luego puede demandar a ambos, que será lo más probable.

No se trata de supuestos de solidaridad pues no promedia "coautoría" en la causación de los perjuicios; sólo existen diferentes causas fuentes del deber de responder, de allí que constituyan supuestos de "concurrencia": el dependiente responde por acto propio (art. 1749, CCyCN), el principal lo hace por hecho ajeno (art. 1753).

Si el principal es quien paga la indemnización, cuenta luego con acción recursoria para recuperar lo que pagó. El sistema se estructura de manera de alcanzar la responsabilidad patrimonial del principal, pero cabe reparar que éste respecto de la víctima es un tercero, por lo que al resarcir se justifica que tenga derecho a repetir contra quien ocasionó fácticamente los perjuicios.

El art. 1773, CCyCN establece de manera genérica que El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto, resultando también de aplicación el art. 851, inc. h] del mismo cuerpo legal(4).

Capítulo XXXII - Responsabilidad de los padres y otras personas encargadas

1. APROXIMACIÓN

a) Rasgos generales

La temática es compleja pues confluyen los criterios propios del derecho de daños con los provenientes de otras áreas: la parte general del derecho privado que regula lo atinente a la capacidad de la persona humana (art. 25 y ss., CCyCN), y los del derecho de familia, en especial lo concerniente al régimen de la "responsabilidad parental" (art. 638 y ss., CCyCN).

La problemática jurídica que presenta la minoridad ha ido mutando en su contemplación en las últimas décadas. Como prueba de ello puede citarse la "Convención sobre los Derechos del Niño" aprobada por la ONU en el año 1989, que Argentina aprobó por ley 23.849 y le confirió jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). En esta materia se advierte claramente la notable influencia ejercida por el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho privado.

También puede citarse la ley 26.061 (del año 2005) que consagra un sistema orientado decididamente a brindar una "protección integral" del menor, reconoce como primera pauta para la elaboración de las políticas públicas en la materia el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 4º a]), y consagra como principio rector su "interés superior" (art. 3º) que ahora recoge el art. 639 del nuevo CCyCN.

b) Rasgos específicos

En el campo específico del derecho de daños, la problemática que involucra a menores de edad y otros incapaces es abordada desde un plano particular y específico.

Aquí no interesan los perjuicios "sufridos" por los menores sino los "causados" por ellos a terceras personas y en virtud de los cuales los padres deben responder. Los daños sufridos por menores e incapaces en general carecen de "tipicidad cualitativa" (no obsta a ello lo dispuesto por el art. 1756 in fine, CCyCN).

También se alcanza por vía refleja la responsabilidad de los tutores y los curadores por los daños causados por quienes están a su cargo (art. 1756, CCyCN), pero en este caso el alcance de la responsabilidad que comprometen es diferente.

Se impone razonar que los perjuicios que causan menores e incapaces en general, resultan tan injustos como los que provoca cualquier otro sujeto, por lo que la víctima no es menos víctima, sino tan inocente como siempre.

Es menester analizar entonces a quién se puede y se debe (es justo) trasladar o endosar tales daños, para obligarlo al pago de la respectiva indemnización, sin perjuicio desde luego de la responsabilidad personal y concurrente del menor que constituye un supuesto de responsabilidad directa (art. 1749, CCyCN).

2. FRANJAS ETARIAS (DILUCIÓN DE SU IMPORTANCIA)

La responsabilidad de los padres es siempre indirecta o refleja, pero es posible distinguir los perjuicios según sean causados:

• por menores de hasta 9 años inclusive - si bien son sujetos inimpu­tables (art. 261, CCyCN) comprometen su responsabilidad personal por resultar autores materiales de los perjuicios (el art. 1750, CCyCN regula la responsabilidad por actos involuntarios); como estos niños son incapaces de culpa se aplica un fundamento objetivo de impu­tación (la equidad).

• por menores de entre 10 y 17 años - se considera que cuentan con suficiente capacidad como para distinguir o comprender la ilicitud de los actos (ya cuentan con discernimiento); a partir de allí son capaces de culpa y comprometen su responsabilidad personal con tal fundamento y proyectan la de los padres.

Cuando el sujeto cumple los 18 años alcanza la mayoría de edad (art. 25, CCyCN) por lo que cesa la "garantía" comprometida por los padres, lo que también sucede en caso de emancipación del hijo (arts. 27 y 30, CCyCN).

El art. 1754, CCyCN no practica distingo alguno en torno a la edad del hijo, decisión acertada, por lo que en cualquier caso genera la responsabilidad directa del menor e indirecta de los padres (autores jurídicos del daño), asumen obligaciones "concurrentes".

3. EVOLUCIÓN

La acentuada finalidad tuitiva registrada en el derecho de la responsabilidad civil de las últimas décadas, se produjo gracias la paralela y progresiva transformación, más amplia y más profunda (filosófica), del sistema jurídico en general.

Se manifiesta en este ámbito a través de un fundamento diferente de la responsabilidad que comprometen los padres en términos de criterio de impu­tación aplicable. Ello es tan solo el "resultado visible" para el derecho de daños, pero obedece a una cosmovisión trastocada del derecho privado en general.

Algunas décadas atrás la base macro sobre la que se edificaba la responsabilidad de los padres era el ejercicio de la "patria potestad" (art. 264, CCiv.), su lógica y su justicia se apoyaba en el poder, mando o dominio del padre pues, a través de su autoridad (máxima), podía razonablemente impedir que los hijos cometieran daños.

La responsabilidad descansaba así en la culpa, y era una base idónea pues se ajustaba a la realidad de los hechos.

Pero la realidad social y familiar fue cambiando. En la hora actual se construye en función de la llamada "responsabilidad parental", que reemplaza a la denominación patria potestad (arts. 638/704, CCyCN), y fue menester un desplazamiento hacia un fundamento de corte objetivo para tornar más rigurosa la responsabilidad comprometida por los padres.

En virtud de este esquema, en la relación padres-hijo, decididamente se pone el acento en los deberes de los progenitores por sobre sus derechos, orientando al sistema de manera prioritaria a la protección, desarrollo y formación integral del menor (arts. 638, 658, 663), y ello en consecuencia trasunta en un beneficio para los terceros, potenciales víctimas de los perjuicios causados por sus vástagos.

Para comprender acabadamente esta evolución, se analizará de manera sintética el sistema del Código de Vélez para luego abordar lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial.

4. CONTEMPLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

a) Regulación legal

Según el art. 1114 del CCiv., 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 (modif. por ley 23.264).

Mientras que por el art. 1115, CCiv. se establecía 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, y el art. 1116, CCiv. precisaba el alcance o límite de tal deber al prescribir 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.

b) Fundamento de imputación. Alcance

Tradicionalmente se interpretó que el fundamento de impu­tación era subjetivo, que a los padres se les podía exigir desplegar cuidados razonables (diligentes) para impedir que sus hijos causen daños, pero no más.

En el sistema del Código Civil se consideraba posible (justo) alcanzar la responsabilidad de aquéllos en tanto fuera posible reprochar conducta, levantar el dedo acusador por "no haber hecho lo que debían hacer" (en suma, "retarlos").

Con el transcurso del tiempo se entendió que promediaba una presunción de culpa contraria a los padres que reconoce dos vías o canales de manifestación diferentes, que actúan de manera alternativa o conjunta:

• in vigilando - falta de cuidado reveladora de un indebido control (Borda, Bustamante Alsina);

• in educando - falta de suficiente formación en los buenos hábitos y en los comportamientos necesarios para la convivencia social (Llambías), de adecuada instrucción para la formación del menor como persona y ciudadano(1).

Un aspecto central de esta estructura jurídica fue imponer a los padres una "vigilancia activa" (art. 1116, CCiv.), y se debate de manera ardua acerca de su concepto y contenido: no significa tanto una "presencia física", de imposible cumplimiento real, sino una adecuada formación en valores y cánones socialmente aceptados.

El análisis de jurisprudencia y doctrina pone en evidencia que se magnificó o elongó el alcance conceptual de la vigilancia activa, produciéndose un fenómeno similar y concomitante al que, en términos generales, se produjo respecto de la culpa.

Se produjo una deliberada distorsión del concepto, se tergiversó hasta la más osada de las rectas interpretaciones posibles, llegándose a la esterilización de su significado; resulta una de las tantas manifestaciones de la llamada "inflación obligacional" que Josserand advirtiera en Francia a mediados del siglo pasado.

Consideramos que la vigilancia activa ha servido como válvula de escape para enmascarar la necesaria actualización del sistema, "para salir supuestamente sin salir" (sin que se note) del esquema subjetivo de tan fuerte arraigo en el Código Civil (art. 1067), inyectándose al sistema de una dosis encubierta de "objetivación".

c) Crítica

Por lo pronto las teorías de la culpa in vigilado e in educando tropiezan con un primer obstácu­lo insalvable: la imposibilidad de encuadrar a esta fattispecie dentro del marco de la responsabilidad por hecho ajeno, porque adviértase que en ambos casos el sustento reside en el reproche de la conducta que merecen los propios padres (que "algo tendrán que ver") y no en la de los hijos, autores materiales de los daños.

Pero además de ello, tal lectura de la realidad es anacrónica: mantener una base o fundamento subjetivo constituye un mero conceptualismo o teorización extraviada de la realidad. Presumir la culpa de los padres —como agudamente apunta Mosset Iturraspe— constituye una ficción.

Dicho modelo jurídico respondió quizá a un tipo de familia diferente, rara avis en la actualidad, con un padre sentado a la cabeza de la mesa con una autoridad superior, incuestionable, con un poder real y efectivo sobre sus hijos, que razonablemente le permitía impedir que éstos causaran daños.

También, se impone reconocer, a una sociedad con otra idiosincrasia, y hasta otro ritmo de vida (quizá mejor en algunos aspectos). Es innegable que se ha producido una crisis de los deberes de vigilancia y educación, tanto en la posibilidad efectiva de su ejecución, cuanto en el resultado pretendido.

Pero la víctima no tiene porqué soportar las nefastas consecuencias que se desprenden de la pérdida de ciertos valores que tradicionalmente han sustentado la unión familiar, la falta de afecto, de atención, los malos tratos, etcétera.

Constituye un enfoque equivocado, la contemplación del daño injusto imponía prescindir de este abordaje, de allí que toda vez que el esquema jurídico del Código Civil no se condecía con la dinámica de los tiempos que corren, por evidenciar un atraso fue objeto de una rotunda modificación en el nuevo Código.

5. CONTEMPLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

a) Regulación legal

El Código Civil y Comercial dedica a la responsabilidad de los padres los arts. 1754/5, mientras que el caso de los tutores y curadores lo contempla el art. 1756. Nos ocuparemos en primer término de los dos primeros, para dejar para más adelante el último supuesto.

El art. 1754 establece que Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos (art. 1754).

Respecto a su naturaleza y alcance, se determina que ...la responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. 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 (art. 1755).

b) Esquema sintético

De una primera lectura se desprende la siguiente estructura de responsabilidad:

• constituye un supuesto de responsabilidad indirecta o refleja;

• ambos padres son solidariamente responsables;

• en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio (art. 641, CCyCN), aunque ambos mantienen la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 653 y 657), sólo responde el progenitor con el que el menor habite al momento de la causación de los daños:

• el fundamento de impu­tación es objetivo;

• su responsabilidad "concurre" con la personal del propio hijo (de cualquier edad);

• causales exoneratorias (además del genérico casus previsto en los arts. 1729/1731), de manera específica se determina que los padres no responden si los daños son causados por sus hijos en cuatro supuestos diferentes:

- cuando se encuentran puestos bajo la vigilancia transitoria o permanente de otra persona, aunque no se liberan si la falta de convivencia les resulta atribuible;

- en tareas inherentes al ejercicio de su profesión;

- en el ejercicio de funciones subordinadas encomendadas por terceros;

- por incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por ellos.

6. FUNDAMENTO DE IMPUTACIÓN

Lo primero que surge patente del nuevo texto legal es una actualización en su enfoque, adecuado con la iusfilosofía que en general se desprende del articulado integrante del capítulo "Responsabilidad civil".

En efecto, se destaca el fundamento objetivo de impu­tación, en sintonía —por ejemplo— con lo regulado en materia de responsabilidad del principal por los daños causados por el dependiente, que constituye el restante supuesto de responsabilidad refleja (art. 1753), lo que evidencia cierta coherencia en su estructura clasificatoria y metodológica.

Como observaran Bueres y Mayo, en atención a que la liberación de los padres a base de la prueba de su falta de culpa resultaba imposible o harto dificultosa, se produjeron los señalados desajustes de concepto e inconsecuencias doctrinales. Finalmente, con el nuevo Código, se logró pasar "de un subjetivismo tortuoso a un objetivismo realista", tránsito que ha sido costoso por la influencia del "fantasma de la culpa".

Más allá que los padres "tengan algo que ver" —o mucho— si no vigilan, educan, brindan suficiente cariño, buenos ejemplos, etc., el sistema del Código Civil que presumía su culpa no alcanzaba a contemplar adecuadamente la realidad en términos de justicia. Aunque un hijo sea educado de la mejor manera posible, a pesar que no se pueda reprochar omisión de diligencia alguna, lo cierto y determinante es que el daño que el hijo ha ocasionado a la víctima no es menos injusto que cualquier otro.

No se trata de eso, y por supuesto que los padres siempre "tendrán algo que ver" en la medida en que sean sus hijos menores los que causen perjuicios reparables. Haya o no culpa de su parte, es justo que nazca esta responsabilidad refleja.

Se trata de un deber emergente de la patria potestad, ahora denominada "responsabilidad parental", en función de la garantía que asumen los padres y que en definitiva se sustenta en la solidaridad, imprescindible para posibilitar la vida en sociedad.

Los padres responden por su condición de tales, por ser progenitores de quien ha causado daños injustos. El sistema legal los constituye en "garantes" ante la eventualidad de tales perjuicios, lo que obedece o se explica mejor y más profundamente en el "riesgo" que representa la interactuación de sus hijos con terceras personas, lo que desde luego no significa que engendrar un hijo sea una cosa riesgosa per se (Bueres y Mayo).

De esta manera se incita a los padres a adoptar medidas preventivas, pues —como observa Gamarra— son los sujetos mejor colocados para operar sobre la fuente provocadora del daño.

7. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Para que tenga lugar la responsabilidad patrimonial de los padres, es menester que se verifiquen tres requisitos específicos, dos respecto del hijo y uno de la víctima:

• respecto del hijo:

1) que sea menor de 18 años - pues a partir de esa edad cesa la garantía legal de responsabilidad (lo que no obsta a que el hijo pueda tener derecho a alimentos hasta los 21 años —art. 658 y 662, CCyCN — o hasta los 25 años si estudia o se capacita —art. 662, CCyCN—);

2) que se halle bajo "responsabilidad parental" (art. 638 y ss.), y que habite con los padres - si ello no sucede, responden igual si la falta de convivencia les resulta atribuible, como p. ej. el caso de abandono.

• respecto de la víctima - que el daño lo sufra un "tercero", por lo que quedan excluidos los perjuicios "sufridos" por los hijos.

La doctrina sostiene además que el daño debe ser impu­table al hijo. Si bien es correcto, en rigor se trata de un requisito genérico de la responsabilidad civil, pues constituye uno de los extremos de la relación causal (quien "aporta" la causa), no es un requisito específico de esta responsabilidad. Si el daño no resulta impu­table al hijo (autor material) a título subjetivo u objetivo, no se puede practicar la imputatio iuris para alcanzar la responsabilidad de los padres.

8. LEGITIMACIÓN

En materia de legitimación "activa", el tercero damnificado, víctima de daños injustos, es el titular de la acción indemnizatoria; eso es así a menos que a tenor de la envergadura de los perjuicios también resulte de aplicación el art. 1741, CCyCN, en cuyo caso la legitimación se amplía.

Cuenta con acción para demandar de manera conjunta o separada al responsable directo (menor) y a los indirectos (padres), así lo prevé el art. 1773 del, CCyCN que sigue el camino marcado por el art. 1122 del Código de Vélez.

En cuanto a la legitimación "pasiva", por lo pronto el art. 1754, CCyCN establece como principio la responsabilidad solidaria de los padres, solución acertada pues ambos son garantes por igual de los daños causados por sus hijos, pero existen importantes excepciones que merecen crítica y que luego se verán (acápite n. 10).

9. ACCIÓN RECURSORIA

Si son los padres quienes pagan la indemnización (que será lo ordinario), en el sistema del Código Civil se recurría a la analogía para aplicar el art. 1123 para fundamentar la acción de regreso contra el hijo.

En el caso del Código Civil y Comercial, sin necesidad de apelar a tal recurso se arriba a la misma solución, pues el art. 1754 in fine prevé que se trata de un supuesto de responsabilidad refleja de los padres a la que concurre la de los hijos, y resulta aplicable lo genéricamente dispuesto por el art. 851, CCyCN.

10. CAUSALES EXIMENTES

Por lo pronto la "autoría jurídica" es un concepto que se construye a partir de la causalidad, y a ella se arriba al cruzar el "puente" que traza el sistema jurídico a partir de la "autoría material"; existen supuestos fácticos generales y específicos que obstan o impiden la conformación de aquélla.

En términos generales, se produce la liberación de la responsabilidad de los padres si demuestran la causa ajena, es decir el hecho del damnificado, caso fortuito o fuerza mayor, o el hecho de un tercero por quien no deban responder (arts. 1729/1731, CCyCN).

La cesación de la responsabilidad parental por los daños causados por sus hijos puede obedecer a seis razones específicas o puntuales de distinta índole:

• tres se sustentan en el "desplazamiento de la guarda" del menor:

- a favor de un establecimiento educativo;

- de un tutor o curador;

- o de un 3º a quien el hijo se subordina para realizar tareas (dependencia);

• las restantes tres no obedecen a un "desplazamiento de la guarda" del menor:

- menor que queda al cuidado personal de uno solo de los progenitores;

- ocasiona perjuicios en el ejercicio de tareas inherentes a su profesión;

- incumple obligaciones contractuales válidamente contraídas.

Se los tratará de manera individual seguidamente.

a) Exoneración con desplazamiento de guarda

a.1) Establecimiento educativo

Cuando se produce un desplazamiento a favor de un colegio (de jornada simple, doble, o pupilo), éste es responsable cuando los menores de edad causan daños si se hallan o deben hallarse bajo su control (art. 1767, CCyCN).

a.2) Tutor o curador

Por lo pronto la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de tutor o curador debe practicarse en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas (art. 643, CCyCN) y ser discernida judicialmente (art. 112, CCyCN). Tiene lugar —por ejemplo— cuando la tutela es designada por los padres a favor de un pariente con motivo de un prolongado viaje por razones de trabajo (art. 106, CCyCN).

Como apunta López Herrera, no se trata de una actitud de desentendimiento de los padres que entregan a su hijo a tercera persona para no criarlo ellos, con egoísmo y por comodidad, sino de colocarlo bajo la vigilancia o cuidado personal de otra persona en tanto las circunstancias fácticas autoricen a considerarlo compatible con el ejercicio de una paternidad responsable.

Aunque 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 (art. 643, CCyCN), no responden.

Sin perjuicio de la crítica que merece tal solución, conforme la lógica de la disposición legal (dura lex sed lex) se pone el acento en que el menor no "habita" con ellos, lo que constituye requisito según la clara disposición del art. 1754, CCyCN

Se frustraría la "posibilidad de ejercicio de la responsabilidad parental", que es precisamente lo que se delega a favor de un tercero, y el citado art. 643, CCyCN plantea como "derecho" (y no deber) la supervisión de la crianza y educación.

Por tal motivo, no promedia responsabilidad concurrente de los padres, pero permanece en pie la del tutor o curador con los alcances que prevé el art. 1756.

a.3) Principal

En caso de tratarse de un menor dependiente, es decir, que realiza funciones subordinadas encomendadas por terceros, el Código Civil y Comercial también exime de responsabilidad a los padres.

Aquí los daños que el hijo causa caen bajo la órbita o radio de acción del principal, por lo que el encuadre legal muta hacia la previsión contenida en el art. 1753 del CCyCN.

Es otro el "generador de riesgo" y debe garantizar por los daños que sufren terceras personas.

b) Exoneración sin desplazamiento de guarda

b.1) Menor al cuidado personal de uno solo de los progenitores

En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, debe responsabilizarse únicamente al progenitor que tiene al hijo a su cuidado (solución similar a la regulada en el art. 1114, CCiv.).

No se trata del caso en que la responsabilidad cesa cuando el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente (art. 1755, CCyCN), pues desde luego esa "otra" persona no puede ser el propio padre o madre.

Si bien ambos padres conservan la "titularidad" de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo (arts. 641 y 643, CCyCN), esta exoneración se produce debido a que el menor no "habita" con uno de los padres (art. 1754, CCyCN), debiendo entenderse que abarca tanto a la habitación "permanente" como la "ocasional".

Dicho progenitor, en la medida que la falta de convivencia no derive de una causa que le resulte atribuible (art. 1755), no compromete su responsabilidad. Por tanto entendemos que si el hijo ocasiona daños cuando se encuentra bajo el cuidado personal (exclusivo) de uno de ellos —p. ej. en oportunidad de un régimen de visita—, sólo en principio responderá únicamente el progenitor que tenía al menor en ese momento bajo su cuidado personal.

b.2) Menor que ejerce su profesión

El Código Civil y Comercial dispone que Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión (art. 1755, 3º párrafo), debiendo interpretarse a ésta de manera laxa, continente —verbigracia— de lo que se conoce vulgarmente por "oficio" que desarrolla el sujeto de manera independiente (p. ej. trabajos de albañilería, pintura, etc.).

Aquí no se produce un desplazamiento a favor de una tercera persona, pues el hijo no se subordina a nadie.

La solución legal se apoya en la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo (art. 639, inc. b], CCyCN), y es coherente con que reconoce al menor la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella (art. 30, CCyCN).

b.3) Menor que incumple obligaciones contractuales válidamente asumidas

Los padres tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos (art. 1755 in fine).

Se trata de un supuesto similar al anterior, pues aquí no promedia desplazamiento de guarda ni subordinación a favor de tercera persona. Por tanto encuentra fundamento en los citados arts. 639 inc. b] y 30 del CCyCN.

c) Crítica

La decisión de hacer "cesar la responsabilidad paterna" (art. 1755, CCyCN) en cada uno de estos casos no deja de ser pasible de crítica, y la norma es terminante al cerrar completamente la compuerta a una responsabilidad concurrente con los terceros a favor de quienes se desplazó la guarda.

Por lo pronto, no se trata que la responsabilidad civil "cesa", sino que directamente no "nace", no se genera o produce. En todo caso lo que cesa es la "responsabilidad parental" que tiene un contenido extenso: conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (art. 638, CCyCN). Como se advierte, es mucho más amplio de lo que interesa a los fines del derecho de daños.

Es cierto que mientras el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona los padres no pueden vigilar o controlar a sus hijos, que ínterin dejan de estar a su cuidado.

Pero al analizar la cuestión desde una perspectiva más amplia, especialmente atinente al derecho de daños, corresponde subrayar el interés preeminente de la propia víctima, que en todo caso aquí entra en colisión o tensión con el interés de los padres más que con el de los hijos que son los sujetos de tutela preferente.

La solución entonces no se presenta como justa, conclusión a la que se arriba al recordar que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho de terceros radica en el "riesgo creado" (y la "garantía" que emana de ella) y no en una ficticia culpa in vigilando.

Debió consagrarse en cada caso, la responsabilidad concurrente de los padres, con una ulterior acción de regreso. Los hijos nunca dejan de ser hijos de sus padres, y al menos hasta que cumplan la mayoría de edad, deben afrontar las consecuencias dañosas de sus actos(2).

11. SUPUESTO DE "OTRAS PERSONAS ENCARGADAS"

Con una deficiente y confusa redacción que conducirá a disímiles soluciones jurisprudenciales, el art. 1756 el CCyCN distingue la responsabilidad de los padres de la que comprometen los tutores y curadores.

En efecto, por lo pronto cabe recordar que la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño... cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (art. 104), mientras que la curatela se dirige a cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz y tratar de que recupere su salud (art. 138), y ambas se disciernen judicialmente (arts. 106 y 139), pues —como señala López Herrera— no existe responsabilidad contra el tutor o curador de facto.

El primer párrafo del art. 1756 establece que Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo, pero este rigor y asimilación de regímenes es tan solo aparente.

Se contradice (borrándose con el codo lo que se acaba de escribir con la mano) con lo que inmediatamente estipula el 2º párrafo, que cambia la naturaleza del deber de responder: sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal responsabilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

El nuevo Código ha querido abrir una compuerta para la exoneración de tutores y curadores, por las siguientes razones:

• la diferenciación surge por lo pronto de su autónoma contemplación y nomenclatura normativa, pues se establece una específica disposición que abarca a "otras personas encargadas" ("otras", no los padres);

• si se hubiera querido consagrar una asimilación, bastaba con agregarlos a los dos artícu­los precedentes;

• el giro es claro y contundente pues se utiliza el término sin embargo..., para producir el quiebre en el fundamento de este deber de responder.

Más allá de la crítica que pueda merecer la disposición en análisis, no puede practicarse una asimilación o unificación de regímenes. Aquí se ha consagrado injustificadamente una responsabilidad más laxa, un fundamento subjetivo, aunque cierto atisbo de rigurosidad se desprende del establecimiento de una presunción de culpa, que es simple, por lo que admite prueba en contrario del tutor y del curador.

La liberación del tutor y curador se produce si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño: el término resulta desacertado, pues técnicamente constituye caso fortuito, ruptura del nexo causal, que siempre constituye límite del deber de responder, lo que tornaría superfluo o sobreabundante la previsión genérica del art. 1730, CCyCN

Pero consideramos que su recta interpretación impone asignarle otro alcance. En un esquema subjetivo como el consagrado, esta causal exoneratoria debe ser entendida como la exigencia de una especial diligencia por parte del tutor y curador, que en rigor es la propia que demanda la naturaleza de los cuidados que requiere un menor de edad, o un insano, por lo que corresponde aplicar la sabia disposición contenida en el art. 1725, CCyCN.

Por esta vía es dable esperar que la jurisprudencia sea igualmente severa en la apreciación de la diligencia exigible, y que en los hechos se produzca un acercamiento a un sistema de base objetiva (exactamente lo mismo a lo que sucedió con el Código Civil y la interpretación de la "vigilancia activa" del art. 1116).

12. ESTABLECIMIENTO A CARGO DE PERSONAS INTERNADAS

La última parte del art. 1756 consagra la responsabilidad de ciertas instituciones ante daños que "sufren" y no que "causan" menores o incapaces en general.

Establece que el establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control (art. 1756 in fine).

La norma regula expresamente la situación jurídica en la que se encuentran instituciones como por ejemplo geriátricos en los que viven personas durante los últimos años de vida; es también el caso de los centros psiquiátricos en los que se encuentran insanos que pueden infligirse auto-daños, en donde las características de sus patologías distingue a su actividad de la que desarrollan otros centros de salud.

Importa un supuesto de excepción cualitativa a la obligación de seguridad que ha sido normada con fundamento objetivo (arts. 729 y 961, CCyCN).

No alcanza por tanto a los hospitales, clínicas o sanatorios, pues aunque también tengan personas "internadas", desarrollan actividades que van mucho más allá de la mera "vigilancia y control", la internación es solo un medio para poder desarrollar las tareas profesionales de curación.

De manera clara se prevé una responsabilidad de corte subjetivo, por lo que procede ante la "negligencia en el cuidado" manifestada en una indebida "vigilancia y control", la que habrá de analizarse conforme a las circunstancias de cada caso.

La carga de la prueba de la culpa pesa sobre el que la alega (art. 1734, CCyCN).

13. DAÑOS "SUFRIDOS" POR LOS HIJOS

Decíamos al principio (acápite n. 1, apartado b]) que en el campo específico del derecho de daños, la problemática que involucra a los menores de edad y a otros incapaces es abordada desde el plano de los perjuicios que éstos "causan" y no los que "sufren", pues interesa la responsabilidad refleja que proyectan a los padres, tutores o curadores, que serán quienes respondan frente a los terceros que sufren daños injustos.

Los daños sufridos por menores e incapaces en general quedan al margen de la regulación contemplada en los arts. 1754/6, y carecen de "tipicidad cualitativa", es decir, no constituyen un "tipo" de daño con pretensiones de especificidad, no conforman ninguna especie o categoría, como de la misma manera tampoco lo conforman los perjuicios que padecen personas de otras edades (p. ej. adultos mayores).

La jurisprudencia revela numerosos casos en los que, ante la pretensión indemnizatoria intentada por daños sufridos por menores, se funda el rechazo de la demanda en la culpa in vigilando de los padres.

El asunto se enmarca en la causalidad.

Cuando un menor sufre un perjuicio su conducta puede encuadrar en la previsión genérica que el Código Civil y Comercial califica como "hecho del damnificado": la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato impongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial (art. 1730).

Así la conducta material del hijo menor de edad o incapaz en general puede operar como causa o concausa de la producción del daño que sufre, como sucede por ejemplo si repentinamente cruza la calle corriendo detrás de una pelota de fútbol, o ingresa en un predio desocupado y se lastima al manipular un objeto peligroso o se ahoga en una piscina abandonada.

El hecho reconoce como antecedente material de impu­tación la acción del propio menor, y este extremo suprime o retacea la causalidad adecuada respecto de la acción u omisión de otro sujeto a quien se pretenda responsable, pues no habrá "autoría" de su parte: en los ejemplos dados, el dueño o guardián del automóvil que embiste, el dueño del inmueble donde se produjeron los perjuicios.

El daño del menor no resulta una consecuencia atribuible a otro sino sí mismo, lo que obsta al nacimiento del derecho a reparación por no haber causalidad.

Cuando la conducta del menor registra una incidencia causal de menor entidad (importancia), se produce la fractura parcial del nexo, y por tanto se limita la responsabilidad y la indemnización que no será integral sino retaceada.

Capítulo XLII - Responsabilidad de los Establecimientos Educativos

1. APROXIMACIÓN

La formación de toda persona, su educación, es de importancia central para el sistema jurídico, de allí su consagración en la Constitución Nacional como uno de los derechos más importantes del ser humano (art. 14).

También lo receptan diferentes convenios internacionales, como —por ejemplo— la "Convención sobre los derechos del niño" que establece que Los Estados Parte adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y la presente Convención (art. 2º, aprobada por ley 23.849).

Tiempo atrás, la enseñanza que ofrecía el Estado era en general de calidad, pero lamentablemente se ha ido deteriorando. Su inoperancia en ésta área (como en otras), explica el incesante crecimiento de la actividad empresarial privada desde mediados del siglo pasado. En tanto lo permita la economía familiar, en general se huye del sistema público gratuito para refugiarse en el privado, que tampoco por cobrar una cuota siempre garantiza el nivel deseado.

Más allá de quién lo brinde, sea el Estado o una persona de derecho privado, siempre debe ser prestado sin que se produzcan daños, es decir, en condiciones de garantizar la seguridad de quienes asisten a instruirse. Adquiere particular relevancia en la materia las tareas de prevención de daños, el control de toda la actividad, por lo que se impone una elevada exigencia que sólo puede cumplirse de manera profesional.

Por lo demás, la realidad social, cada vez más compleja y violenta, inevitablemente se "filtra" en la actividad educativa que se desarrolla en un marco de mayor peligrosidad o potencialidad dañosa. Esta realidad cambiante ha impuesto la modificación de la estructura misma de la responsabilidad por los daños que se generan en el desarrollo de esta actividad: mientras antes se miraba al director de la institución, su máxima autoridad, como responsable del cuidado de los niños y adolescentes, en la hora actual el sistema se orienta al "titular" del establecimiento educativo, entendiéndose por éste al empresario de la educación, o al Estado mismo.

La temática es relevante en el terreno del derecho de daños, y reúne rasgos específicos que justifican su contemplación codificada autónoma.

Vélez la reguló dentro de la materia cuasidelictual, a continuación de la responsabilidad de los padres (arts. 1114/1116), conformando (junto con la del principal del art. 1113, 1º párr.) un bloque aglutinante de lo que constituye "responsabilidad por hecho ajeno".

En el nuevo Código Civil y Comercial, en cambio, se la regula como un "supuesto especial de responsabilidad" (sección 9ª).

Por último, cabe poner de resalto que la prestación del servicio educativo ingresa en el terreno de los contratos de consumo, pues aun cuando el servicio sea prestado de manera gratuita, el establecimiento constituye un "proveedor" en los términos del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, el alumno es "usuario" - consumidor material, y sus representantes los contratantes - consumidores jurídicos. Así, todo el andamiaje tuitivo de esta área confluye en beneficio de los menores educandos.

2. IMPACTO DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

El sujeto reclama en general mayor seguridad, demanda garantía de incolumidad, un contexto adecuado para poder desarrollar todas sus potencialidades, y por su naturaleza omnicomprensiva, también alcanza a la prestación del servicio educativo.

Si bien la obligación nuclear del establecimiento reside en brindar la educación por la cual se lo contrata, no se agota allí el deber prestacional que asume pues alcanza también al de proteger.

Como se desarrollara en el capítulo VI, el fenómeno advertido hacia mediados del siglo XX denominado "inflación obligacional" (Josserand) es el que contiene y explica la existencia de la llamada "tácita obligación de seguridad" a cargo del deudor, que en esta materia es el establecimiento educativo, y que grafica con elocuencia la notable expansión del objeto obligacional, continente del interés del sujeto (acreedor), que aquí es quien recibe la educación.

Se trata de una obligación de seguridad de fines o resultado, por lo que su consecución sólo es posible a través de la ampliación de los alcances del "plan prestacional", tópico de fuerte evolución en las últimas décadas que condujo a su consagración expresa en la citada Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 5º) y que en el nuevo CCyCN surge de los arts. 729, 961 y concs. como integrante del deber de "buena fe".

Al calor de tal desarrollo, el sustento de impu­tación subjetivo que rigió hasta el año 1997 en esta responsabilidad especial, aparece mínimamente inconveniente.

En efecto, por lo pronto en el originario art. 1117 Vélez Sarsfield se estableció una presunción de culpa in vigilando del director del colegio y de los maestros artesanos, coherente con el régimen aplicable a la responsabilidad de los padres.

Llambías justificaba tal solución al razonar que el director es quien inviste la autoridad escolar, quien se halla en mejores condiciones para conocer la forma en la que ocurren los hechos, resultando un medio de vigilancia eficiente, pues —según concluía— si se originan daños es lógico suponer que ocurrieron por la relajación de la disciplina escolar y la insuficiente vigilancia.

Tal lectura fue calificada por Borda como irreal, y acertó al destacar que como los establecimientos educativos albergan a miles de alumnos, se dificulta severamente la posibilidad de su adecuada vigilancia, calificando al sistema como injusto.

Sucede que el director del colegio es un simple dependiente del propietario del establecimiento educativo, está recargado de tareas administrativas, y sin embargo se lo cargaba con los hechos de profesores y personal que no podía elegir, y como no son sus dependientes tampoco tendría por qué responder de sus hechos. Presumir su culpabilidad era, directamente, una condena a priori (Kemelmajer).

Lo cierto es que la vigilancia de los alumnos no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización, que impone directrices o instrucciones (De Ángel Yagües), y en virtud de estas características, se impone reconocer que se trata de una actividad que entraña riesgos.

Se desarrollen las actividades dentro o fuera de las instalaciones del establecimiento, sea la educación gratuita o paga, en ambos casos los riesgos deben ser administrados profesionalmente, y asumidos por quien los crea o genera, tenga o no propósito de lucro. Como con acierto observa Kemelmajer, lamentablemente aún es poco es lo que se hace en materia de prevención.

3. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El cambio de perspectiva tuvo lugar recién en el año 1997 a través de la reforma por la ley 24.830 que modificó el art. 1117, CCiv., y recogió los frutos del prolífico desarrollo crítico de la doctrina especializada.

La norma contiene tres párrafos:

Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.

Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario (ley 24.830).

Sintéticamente, los aspectos más salientes son éstos:

• consagra sólo la responsabilidad de los "propietarios" de establecimientos educativos (no ya de directores, ni de maestros-artesanos);

• consagra un sustento —criterio de impu­tación aplicable— de naturaleza objetiva (con base en el riesgo-garantía);

• establece como única causal liberatoria el caso fortuito;

• abarca los daños causados por los alumnos a 3º (responsabilidad aquiliana) y los sufridos por estos (contractual), por lo que unificó el régimen;

• No dispuso la responsabilidad concurrente de los padres sino que se produce un desplazamiento en su guarda (art. 1115).

4. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ESQUEMA SINTÉTICO

Le dedica el art. 1767, también de tres párrafos, que se transcriben seguidamente:

El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito.

El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

La nueva norma mantiene las bondades de la reforma efectuada en el año 1997, pero la mejora, y en algún punto amplía el rigor del sistema (radio de alcance).

Surgen los siguientes aspectos relevantes:

• metodología - se la contempla ahora como un "supuesto especial de responsabilidad", sección 9ª, inexistente en el Código Civil; ya no integra el lote de supuestos de "responsabilidad por el hecho de terceros" (agrupados ahora en la sección 6ª).

• base fáctica - mantiene la unificación del régimen contractual y aquiliano:

- caso de daño "causado" por un alumno (autor material): éste es el responsable directo y el establecimiento indirecto; la responsabilidad es contractual si el perjuicio lo sufre otro alumno, profesor o personal no docente (obligación de seguridad), y es aquiliana si lo padece un tercero ajeno a la institución;

- caso de daño "sufrido" por un alumno (víctima): puede ser que éste se lo infiera a sí mismo, que lo sufra a manos de otro alumno, de un docente o personal no docente, por el hecho de las cosas o por el hecho de terceros extraños; comportan casos de responsabilidad contractual (obligación de seguridad); el alumno es víctima;

• alcance cronológico-lógico - es más amplia que en el Código Civil al abarcar los daños que sufren cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar;

• legitimación pasiva :

- responsabiliza sólo al "titular" del establecimiento educativo;

- no promedia responsabilidad concurrente de los padres (art. 1755);

• criterio de impu­tación - expresamente establece que la responsabilidad es objetiva (art. 1767, CCyCN), tiene base en el riesgo-garantía;

• causal liberatoria - mantiene como única causal al caso fortuito;

• mantiene el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil;

• mantiene la exclusión de los establecimientos de educación superior o universitaria, debe entenderse que se refiere a toda instrucción que se brinda después del secundario.

5. CASO DE DIRECTORES, MAESTROS, PROFESORES Y OTROS AUXILIARES

Respecto a los directores, maestros, profesores, preceptores, bibliotecarios, y otros auxiliares del servicio educativo, se ha procurado un tratamiento legal comparativamente más benévolo en comparación con la responsabilidad que asume el titular del establecimiento. El art. 1767 sólo se refiere a ellos tácitamente cuando habla del control de la autoridad escolar.

No han sido colocados en el eje de este esquema reparatorio.

También se trata de un supuesto de responsabilidad "refleja", pero aquí con fundamento en la omisión de la diligencia exigible en la vigilancia, tanto cuando se trata de daños sufridos por el alumno como cuando es causado por éste.

En este último caso, el de daño causado por un alumno, el menor siempre es responsable personal por ser autor material de los perjuicios (el art. 1750, CCyCN prevé el supuesto de los actos involuntarios). Si se trata de un menor de hasta 9 años (inclusive), por el hecho de carecer de capacidad de culpa (son inimpu­tables, art. 261, CCyCN) se aplica un fundamento objetivo de impu­tación (equidad);

Si los daños son causados por menores de entre 10 y 17 años, el propio menor, impu­table por contar con capacidad para distinguir o comprender la ilicitud de los actos que realiza, compromete su responsabilidad personal con fundamento subjetivo.

En cualquier caso, el director, los maestros, profesores, etc. resultan responsables indirectos (art. 1749, CCyCN), pues son considerados —junto con el establecimiento— autores jurídicos del daño.

Esquemáticamente, comprometen responsabilidad con el siguiente alcance:

• el criterio de impu­tación es subjetivo, a modo de ejemplo la culpa puede consistir en:

- no estar presente en el lugar correspondiente (aula, patio, etc.);

- no intervenir (separar) si se advierte que los alumnos pelean o es inminente que lo hagan;

- no exigir el cumplimiento de estrictas órdenes para evitar que sufran daños, permitir un comportamiento inadecuado, peligroso para la integridad del alumno (en cada caso debe distinguirse la edad);

• carga probatoria de la culpa: pesa sobre quien la alega (art. 1734);

• la demostración de diligencia, frustra el progreso de la acción reparatoria; también la prueba del casus (arts. 1729/1731, CCyCN) pues la restricción al caso fortuito como única causal eximitoria, rige únicamente para el caso de la responsabilidad comprometida por el titular del establecimiento educativo;

• en ningún caso subsiste la responsabilidad de los padres (art. 1755).

• si la indemnización es afrontada por éste, carece de acción de regreso contra el establecimiento educativo, pues ha sido por su culpa que se originaron los daños resarcibles.

6. LEGITIMACIÓN. SITUACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Cuentan con legitimación activa tanto el alumno como el tercero que sufre daños, pues ambos son víctimas.

En materia de legitimación pasiva la norma responsabiliza sólo al "titular" del establecimiento educativo (no ya al "propietario"). Tal solución resulta un acierto pues no se trata del dueño-titular dominial del inmueble utilizado a estos efectos (que puede estar alquilado, en comodato), sino de quien imparte órdenes, organiza la actividad, procura (o no) un lucro, que debe asumir el riesgo empresario.

A la par la norma establece la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, por lo que de esta manera se amplía el abanico de legitimados pasivos llamados a responder.

En otro orden, a la luz de la nueva coyuntura adquiere singular trascendencia la situación jurídica en la que han quedado los establecimientos educativos estatales.

Por lo pronto el art. 1767, CCyCN sólo habla, genéricamente, de "establecimientos educativos", sin hacer referencia a "privados o estatales" (como lo hace el art. 1117, CCiv.). Si bien la recta interpretación gramatical y finalística del art. 1767 no autoriza sino a considerarlos comprendidos a ambos bajo un mismo régimen, la lectura contraria es la que se impone dura lex sed lex:

• son rotundas las normas contenidas en los arts. 1764/6 del nuevo Código que "desalojan" la temática de la responsabilidad estatal de la órbita del Código Civil y la sitúan en el marco del derecho público administrativo, nacional, provincial o municipal;

• la nueva ley 26.944 (año 2014) rige la responsabilidad del Estado "por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas" (art. 1º).

Ello conduce a nefastas consecuencias jurídicas, pues ante la existencia de soluciones diferentes, se discrimina a unas víctimas respecto de otras. La ley 26.944 es restrictiva de derechos pues dispuso una responsabilidad menguada, que privilegia al Estado de manera injustificada. Se profundizan así las diferencias entre los colegios privados y los públicos, pues sólo reciben un trato digno quienes asisten a los primeros, por lo que se forman ciudadanos de primera y segunda categoría.

No hay duda que el alumno que sufre daños jugando en un recreo en el patio, en el desarrollo de una actividad deportiva, en una excursión, etc., debe merecer la misma contemplación, sea la institución pública o privada.

Cabe recordar que tanto el alterum non laedere como el principio de la "reparación plena" tienen raigambre constitucional, no puede distinguirse si el daño ha sido causado por una persona de derecho privado o una de derecho público.

7. RADIO DE ALCANCE TEMPORAL Y ESPACIAL

La norma del Código Civily Comercial tiene un alcance más amplio que la disposición del Código Civil, pues responsabiliza no sólo cuando los alumnos se hallen sino también cuando deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar (art. 1767, 1º párr.), lo que sirve para delimitar su esfera de control.

Se amplía el radio de la responsabilidad asumida por el establecimiento, el rigor del sistema se acentúa ya que se le exige mantener el control y cuidado del alumno desde que ingresa hasta que egresa en el horario previsto.

Abarca, p. ej., los perjuicios que el alumno causa o sufre cuando se escapa, o es autorizado a salir del establecimiento en una "hora libre" por ausencia de un profesor, espacio temporal en el que deberían permanecer bajo la supervisión de la entidad. No alcanza —por tanto— el caso de la llamada "rata", es decir, cuando el alumno no llega a ingresar en el establecimiento pues emprende su marcha hacia cualquier otro lugar.

La amplitud del texto legal permite sostener que están alcanzados los daños causados:

• por un alumno a sí mismo o por un alumno a otro;

• por un alumno a un 3º o por un 3º a un alumno en el horario de la actividad escolar;

• los que sufre por el "hecho de las cosas" (escaleras, puertas, ventanas, máquinas, cables, etc.);

Respecto a las actividades educativas alcanzadas, también es muy amplio el radio. Abarca los perjuicios que se producen en:

• "recreo" (ej. producto de peleas, empujones, resbalones, etc.);

• clase de educación física (debido a golpes con otros alumnos, choque con elementos de gimnasia como el cajón, etc., productos de la "mala caída", etc.);

• práctica de cualquier deporte (ej. golpe con el balón o la bocha utilizada); incluye los partidos desarrollados fuera del establecimiento en los que se represente oficialmente a la institución;

• excursiones / campamentos.

Sobre la víctima pesa la carga de demostrar que los perjuicios se han originado dentro de tal marco fáctico (prueba de la relación causal, art. 1736, CCyCN), y no es necesario individualizar al autor material de los daños para que opere la presunción legal de responsabilidad.

Respecto a la determinación de la "mecánica" en sí misma, la carga de su acreditación pesa sobre quien procure eximirse si alega que los daños tienen lugar por una causa ajena (art. 1736, CCyCN).

Sin perjuicio de lo expuesto, al aplicarse los criterios de la causalidad jurídica adecuada, si un alumno muere de un paro cardíaco en el desarrollo de una actividad deportiva impuesta por el colegio, en principio el establecimiento sólo es responsable si no ha requerido el correspondiente certificado médico de aptitud.

8. CASO DEL "VIAJE DE EGRESADOS" (Y OTROS)

Las noticias periodísticas dan cuenta de numerosos casos de daños causados o sufridos por los alumnos en el marco de estas actividades extra-áulicas, y su análisis especial se impone pues la solución gira en torno a ciertas pautas específicas.

Por lo pronto el art. 1767 establece que la responsabilidad del establecimiento educativo se extiende a los daños causados o sufridos cuando el alumno se halle o deba hallarse bajo el control de la autoridad escolar.

No se limita a los denominados "viajes de egresados" de quienes culminan el ciclo de estudios "primario" o "secundario", que tienen un propósito de recreación, esparcimiento o diversión, sino también a los que se desarrollan en el marco de actividades estrictamente educativas o instructivas ("viaje de estudios").

No ofrece dificultad el caso en que el viaje sea organizado o realizado por la propia institución.

Debe repu­tarse suficiente a estos fines que la actividad sea promovida por el establecimiento, o que se brinde colaboración para su realización. Si brinda la estructura edilicia para el desarrollo de las reuniones de padres, autoriza a un profesor a coordinar el viaje, a formar parte del contingente, no contabiliza las ausencias durante el tiempo en el que se desarrolla el mismo, etc., son elementos que comprometen la responsabilidad del establecimiento educativo.

La oposición debe ser rotunda, tanto en el discurso como en los hechos, sólo de esta manera no son responsables.

Se trata de un supuesto de responsabilidad concurrente del establecimiento educativo, por lo que en caso de afrontar el pago de la indemnización por daños cuenta con acción de regreso contra la empresa contratada para realizar el viaje (art. 851, inc. h], CCyCN).

9. CAUSAL EXIMENTE

El art. 1767 sólo contempla al caso fortuito como causal exoneratoria. Para autorizada doctrina esta responsabilidad especial es calificable como "hiper objetiva", o de "responsabilidad objetiva agravada" (Pizarro y Vallespinos).

Se plantea el interrogante acerca de la virtualidad de las otras especies que también fracturan el nexo de causalidad y forman parte del casus, es decir, el hecho del damnificado o el de un tercero por quien no se debe responder, previstas genéricamente en los arts. 1729 y 1731, CCyCN respectivamente.

De una primera lectura se desprende que han quedado fuera de la norma específica ex profeso, se ha buscado tornar más rigurosa aún la responsabilidad de los establecimientos debido a las características específicas del riesgo propio de la actividad, pues no puede perderse de vista que se trata de preservar la integridad de menores de edad.

Cuando la víctima es un alumno, el hecho —o culpa— de la víctima o de un tercero deben en principio considerarse "incorporados al riesgo" de la actividad, es decir, es una cuestión "interna", lo que resulta incompatible con el carácter externo del casus (temperamento que no se aplica cuando la víctima ya no es un alumno sino un tercero extraño o ajeno) (Pizarro y Vallespinos).

No obstante, no puede interpretar con carácter estricto o en términos de rigurosa puridad técnica lo que constituye caso fortuito en esta fattispecie.

Resulta intolerable pues en los hechos importa tanto como convertir al titular del establecimiento en garante absoluto de prácticamente de todos los daños que puede sufrir el menor (Zavala de González, Pizarro y Vallespinos).

La administración del riesgo específico significa ponderar adecuadamente (profesionalmente) que se trabaja con menores de edad, que son niños o adolescentes los destinatarios de la educación, sujetos que están en pleno desarrollo de sus capacidades intelectuales y físicas (las actividades pedagógicas que se practican deben siempre tener en cuenta su grado de evolución madurativa).

Pero no significa estar obligado a lo imposible.

El término "caso fortuito" debe ser interpretado en un sentido amplio, comprensivo de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que pueden excepcionalmente tener la conducta de la propia víctima o de un tercero por quien no se deba responder, pues en ambos casos encuadra dentro de su marco conceptual y produce efectos eximitorios (Kemelmajer, Sagarna).

Por tanto, si por caso fortuito se entiende el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1730, CCyCN), pueden revestir tal carácter la conducta desplegada por un alumno que se causa daños a sí mismo, o a otro, debiendo ponderarse aquí —entre otras circunstancias— la edad de los involucrados. Lo propio si la causa del daño la aporta un "tercero por quien no se debe responder" (que por tanto no será un docente ni ningún otro empleado de la institución).

El alcance del deber de protección debe ser apreciado en función del contexto general, de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, correspondiendo un tratamiento riguroso en términos de "previsibilidad" exigible, pues se trata de riesgos específicos administrados profesionalmente por la empresa educativa, para salvaguardar la integridad de menores de edad.

Así por ejemplo, la pelea que tiene lugar en un recreo o en la misma aula, sólo puede repu­tarse fortuita si resulta imprevisible e inevitable, no si tiene lugar como desenlace de momentos previos de hostilidad. Un adecuado sistema de vigilancia es idóneo como herramienta preventiva, bastaba para impedir sucesos de tal índole.

10. PAPEL DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La elevada dañosidad que existe en este ámbito y que permite calificarla como una "actividad riesgosa" (contemplada en términos generales en los arts. 177/8) es abordada por el derecho de daños desde dos "planos".

Por un lado, el ya desarrollado sistema por el que se exige que el servicio educativo sea prestado sin que se produzcan daños, obligación de seguridad (de resultado) que pesa sobre el titular del establecimiento educativo.

Por otro y sin perjuicio de ello, de manera paralela y complementaria, el art. 1767, CCyCN en su 2º párr. impone el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora (texto que mejora notablemente la deficiente redacción anterior).

Se trata de una exigencia acertada que ya estaba prevista en el Código Civil desde el año 1997 (reforma de la ley 24.830), pues traduce una mirada que se ajusta a la realidad de los hechos en el contexto social actual, y asume el grave problema que representa una realidad social cada vez más compleja y violenta que inevitablemente se "filtra" en la actividad educativa.

El seguro de responsabilidad civil adquiere un protagonismo notable, y está pensado no sólo en beneficio del establecimiento educativo, sino prioritariamente de la propia víctima para ampliar el abanico de legitimados pasivos, privilegiándose su crédito.

Debido a la existencia de una compañía aseguradora que responda ante la causación de daños, es posible construir un esquema de basamento objetivo que impone obligaciones de tan amplio alcance al "titular" del establecimiento educativo, y permite correr del centro de la escena a las restantes personas físicas involucradas en el desarrollo de las actividades educativas, sin mengua en definitiva de la adecuada contemplación del daño injusto.

Al ponderar la reforma del art. 1117 del CCiv. por la ley 24.830, Kemelmajer calificó a la obligatoriedad de tomar un seguro como la gran novedad, y concluyó con acierto que constituye un importante hito en pos de un derecho de daños liderado por la solidaridad.

En suma, consideramos que la existencia del seguro no produce el "relajamiento" de los estándares exigibles de cuidado y previsión de establecimiento, por los siguientes motivos:

• es razonable que la aseguradora exija del establecimiento que contrató el seguro la adopción de medidas idóneas para anticiparse y evitar el acaecimiento de perjuicios por los que luego deberá pagar;

• la responsabilidad del establecimiento educativo subsiste (es obligado concurrente), y afrontará el pago de la indemnización en caso que no lo haga la compañía aseguradora;

• el encarecimiento de la prima para responder ante eventuales nuevos perjuicios indemnizables.